



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

El reconocimiento de las uniones de hecho en el libro de familia del Código Civil Peruano

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Santiago Mamerto LLANCARI ILLANES

ASESOR

Carmen MEZA INGAR

Lima, Perú

2018



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Llancari, S. (2018). *El reconocimiento de las uniones de hecho en el libro de familia del Código Civil Peruano*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Medardo Nizama Valladolid y con la asistencia de los Profesores: Dra. Carmen Meza Ingar, Mg. Héctor Elvis Martínez Flores, Mg. Juan Gualberto Chávez Marmanillo, Mg. Jairo Napoleón Cieza Mora y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller **Santiago Mamerto LLANCARI ILLANES**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL LIBRO DE FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO".

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado por unanimidad con la nota 14 (Catorce) aprobado

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho **Santiago Mamerto LLANCARI ILLANES**.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Medardo NIZAMA VALLADOLID
Presidente - Jurado Informante
Profesor Principal

Dra. Carmen MEZA INGAR
Asesora
Profesora Principal

Mg. Héctor Elvis MARTÍNEZ FLORES
Miembro
Profesor Principal

Mg. Juan Gualberto CHÁVEZ MARMANILLO
Jurado Informante
Profesor Asociado

Mg. Jairo Napoleón CIEZA MORA
Miembro
Profesor Invitado

**"EL RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE HECHO EN
EL LIBRO DE FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO".**

DEDICATORIA

A Dios el único santo.

A mi querida madre, por haber entregado su vida por mí desarrollo integral.

A mis hermanos y hermana por haber contribuido en mi educación.

A mi hijito por ser una bendición de Dios y darme fuerza para sustentar la presente.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento muy especial a mi asesora y maestra Dra. Carmen Meza Ingar, por haberme formado académicamente en la especialidad del Derecho Familiar.

ÍNDICE

1. Tema	1
2. Introducción	11
3. Primera Parte - Aspectos Metodológicos	16
1.- Fundamentos del Problema de Investigación	16
2.- Objetivos y Justificación	21
3.- Características: Histórica, Comparativa, Interpretativa, Propositiva.	24
4.- Formulación de Hipótesis	26
4. Segunda Parte - Lineamientos de la Investigación	27
Capítulo I. La Familia	28
1.1. Nociones Generales	28
1.2. Etimología y Noción Conceptual	29
1.3. Funciones de la Familia	31
1.4. Derecho de Familia	32
Capítulo II. La Unión de Hecho	39
2.1. Antecedentes Históricos.	39
1. Derecho antiguo	39
2. Derecho Romano	41
3. Derecho Español	43
4. Derecho Francés	43
5. Derecho Alemán	44

6. Derecho Canónico	45
7.- Derecho Sudamericano	46
2.2. Terminología utilizada	47
2.3. Etimología, Delimitación y Concepto	48
2.4. Naturaleza Jurídica	59
2.5. Clasificación	61
2.6. Requisitos Constitutivos	62
Capitulo III. Causas que originan la existencia de las uniones de hecho	66
3.1. Causas Sociales	66
3.2. Causas Económicas	69
3.3. Causas Culturales	70
3.4. Causas Jurídicas	71
Capitulo IV. Posiciones Legislativas sobre la Unión de hecho	72
4.1. Posición abstencionista	72
4.2. Posición Sancionadora	74
4.3. Posición Equiparadora	76
4.4. Posición Proteccionista	78

Capitulo V. Distinción conceptual de la unión de hecho con otras formas de relación de pareja 80

5.1. La unión de hecho y el Matrimonio 80

5.2. La unión de hecho y Noviazgo 85

5.3. La unión de hecho y el concubinato impropio 86

5.4. La unión de hecho y el servinakuy 88

5.5. La unión de hecho y las uniones homosexuales 91

Capitulo VI. La unión de hecho en el Derecho Peruano 95

6.1. La unión de hecho en el marco teórico peruano 95

6.1.1. Antecedentes históricos 95

6.1.2. El régimen jurídico de la unión de hecho 99

6.1.2.1. Nociones conceptuales 99

6.1.2.2. La unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libre de impedimento matrimonial. 100

6.1.2.3. Efectos personales y patrimoniales 101

6.1.2.4. Elementos de la unión de hecho 115

6.1.2.5. La posesión constante de estado en la unión de hecho 115

6.1.2.6. La prueba de existencia de la unión de hecho 115

6.1.2.7. La extinción de la unión de hecho	121
6.1.2.8. Derecho alimentario y acción indemnizatoria	127
6.1.2.9. Declaración Judicial de paternidad extramatrimonial	131
6.1.2.10. Derecho Hereditario	132
6.1.2.11. Derecho Previsional	138
6.1.2.12. Declaración Judicial y Extra Judicial de la unión de hecho	139
6.1.2.13. La acción de enriquecimiento sin causa en las uniones de hecho impropio	141
6.2. La unión de hecho en el marco legal peruano	142
6.2.1. En la Constitución para la república del Perú de 1979	142
6.2.2. En la Constitución política del Perú de 1993	143
6.2.3. En el Código Civil del año 1984 y modificatorias.	146
6.3. La unión de hecho en el Marco Jurisprudencial peruano	152
Capitulo VII. La unión de hecho en el Derecho Comparado	183
7.1.- En el Derecho Latinoamericano	183
7.2.- En el Derecho Europeo	188
7.3.- El Derecho hereditario	192
7.4.- El Registro de la Unión de hecho	193
7.5.- La Acción indemnizatoria y Derecho Alimentario	197
7.6.- La unión de hecho en la jurisprudencia internacional	199

Capitulo VIII. Reconocimiento y Declaración de la unión de hecho según el proyecto investigación.	208
Capitulo IX. Marco Conceptual	218
Aportes de la Investigación	223
Proyecto de Ley	224
Conclusiones y Recomendaciones	228
Bibliografía	232
Anexos	238

RESUMEN

La investigación se realiza con la intención de llenar los vacíos legales de la unión de hecho y mejorar la doctrina jurídica nacional, viendo, cuáles son sus ventajas y desventajas frente al matrimonio, la cual lleva ciertos rasgos en los que la unión de hecho y el matrimonio no son iguales pero equiparables en la mayoría de los casos, sin embargo con la presente investigación, se protege mucho más a las parejas de hecho con una regulación legal con normativa amplia, es decir con varios artículos dentro de un capítulo propio en el Código Civil, proyectándonos hacía un Código de Familia.

Se alcanza una propuesta legislativa de la unión de hecho, en un capítulo independiente al matrimonio.

Su alcance metodológico está desarrollada en una investigación cualitativa, (dogmática – jurídica), documental, donde la recopilación de información, se realiza en textos, legislación y documentos que permitió simplificar los datos manejados para sistematizarlos y al mismo tiempo responder a los objetivos planteados.

La presente tesis lo hemos dividido en dos partes:

La primera parte. Comprende los aspectos metodológicos de la investigación cualitativa.

La segunda parte. Comprende el desarrollo de los lineamientos de la presente investigación, dividida en capítulos que comprende los lineamientos temáticos.

ABSTRAC

The investigation is carried out with the intention of filling the legal gaps of the de facto union and improving the national legal doctrine, seeing, what are its advantages and disadvantages compared to marriage, which carries certain features in which the de facto union and the Marriage is not equal but comparable in most cases, however with the present investigation, it protects much more to the de facto couples with a legal regulation with ample regulation, that is to say with several articles within a chapter proper in the Code Civil, projecting us towards a Family Code.

A legislative proposal of the de facto union is reached in a chapter independent of marriage.

Its methodological scope is developed in a qualitative research, (dogmatic - legal), documentary, where the collection of information, is done in texts, legislation and documents that simplified the data managed to systematize them and at the same time respond to the proposed objectives.

We have divided this thesis into two parts:

The first part. It includes the methodological aspects of qualitative research.

The second part. It includes the development of the guidelines of the present investigation, divided into chapters that comprise the thematic guidelines.

PALABRAS CLAVE

Unión de hecho, Matrimonio, Familia, Derecho.

KEYWORDS

De facto marriage, Marriage, Family, Law.

II.- INTRODUCCIÓN.

La presente tesis, tiene como finalidad la sustentación del grado académico de magister en Derecho Civil, cuya investigación trata del estudio analítico y descriptivo de la naturaleza jurídica de la unión de hecho, materializada en el ejercicio de tal Derecho, con la inscripción en el registro de las uniones de hecho ante la municipalidad o notaría del domicilio de ambos concubinos propios (*Registro Notarial de unión de hecho, hoy regulada legalmente con posterioridad a la elaboración del proyecto de investigación y presentación por el maestrista a la unidad de post grado*), ya que el presente proyecto lo empecé a desarrollar el año 2008, concluyendo el mes de marzo del año 2010, cuya fuente fue tomada de la legislación comparada, que además de esta forma de ejercer, **tenemos que por falta de acuerdo voluntario de las parejas que viven bajo este régimen**, por decisión unilateral y/o por muerte de uno de ellos, entre otras causas de extinción, **el reconocimiento de la unión de hecho, debe efectuarse judicialmente en vía procedimental sumarísima y no como hoy día en un proceso largo y costoso en vía procedimental de conocimiento**, regulándose legalmente el procedimiento de ambas formas de reconocimiento en el libro de familia del Código Civil peruano en un capítulo independiente, para tal efecto, **se alcanza una propuesta legislativa con varios articulados de la unión de hecho**.

La elección del tema obedece a la observancia de múltiples situaciones jurídicas y sociales en cuanto a la protección de las uniones de hecho en el Perú, caracterizada por la convivencia notoria, estable y publica de varón y mujer libre de impedimento matrimonial, específicamente para efectos de ejercer los derechos que originan la unión fáctica, evitando procesos judiciales largos de declaración y/o reconocimiento de la unión de hecho, como ocurre hoy en día, debido a que dicho proceso de conocimiento, demora cuatro a cinco años aproximadamente en la práctica judicial, generando gastos económicos y pérdida de tiempo para el justiciable.

La investigación se realiza con la intención de llenar los vacíos legales de la unión de hecho y mejorar la doctrina jurídica nacional, viendo, cuáles

son sus ventajas y desventajas frente al matrimonio, la cual lleva ciertos rasgos en los que la unión de hecho y el matrimonio no son iguales pero equiparables en la mayoría de los casos, sin embargo con la presente investigación, se protege mucho más a las parejas de hecho con una regulación legal con normativa amplia, es decir con varios artículos dentro de un capítulo propio en el Código Civil, **proyectándonos hacia un Código de Familia en el Perú.**

Como se podrá observar estos últimos años, el Perú está asistiendo a un cambio vertiginoso y a una evolución esencial del Derecho Familiar; estos cambios son especialmente complejos por las instituciones familiares que con el correr de los días, son reguladas de acuerdo a la realidad social que vivimos entre otros la regulación legal de la unión de hecho en el Código Civil de 1984 que a diferencia del Código Civil del año 1936 no estaba regulada, sin embargo hoy encontramos regulada legalmente la prueba de ADN, para acreditar la filiación extramatrimonial y matrimonial.

No obstante, de la regulación de las uniones de hecho en la Constitución Política del Perú y en el artículo 326° del Código Civil, y algunas reformas en el derecho familiar, las parejas de hecho siguen desprotegidas cuando van a ejercer su derecho que les corresponde, tales como el derecho económico, ya que para tal efecto previamente deben iniciar una acción judicial de reconocimiento en vía procedimental de conocimiento, si no se realizó voluntariamente la inscripción de la unión de hecho en el Registro Notarial.

Su alcance metodológico esta desarrollada en una investigación cualitativa, (dogmática – jurídica), documental, donde la recopilación de información, se realiza en textos, legislación y documentos que permitió simplificar los datos manejados para sistematizarlos y al mismo tiempo responder a los objetivos planteados.

El método aplicado a la presente investigación es Deductivo y Analítico. Método deductivo aquel que "parte de datos generales aceptados como

validos y que, por medio del razonamiento lógico, pueden deducirse varias suposiciones" y método analítico, consiste en "separar un conocimiento o un objeto de las partes que lo estructuran; es decir, hallar los principios y las relaciones, las dependencias que existen en un todo".

Siguiendo la metodología científica aprobada por la unidad de post grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; la presente tesis lo hemos dividido en dos partes, **en la primera parte**. Desarrollamos los aspectos metodológicos de la investigación cualitativa, ocupándonos en primer lugar del planteamiento del problema de investigación, fundamentando el problema. En segundo lugar de los objetivos y la justificación de la investigación. En tercer lugar se logra el estudio breve de las características: histórica, comparativa, interpretativa y propositiva de la presente investigación, desarrollada con más amplitud estas características en los lineamientos de la investigación. En cuarto lugar, formulamos una hipótesis sólo de manera descriptiva. **La segunda parte**, desarrollamos los lineamientos de la presente investigación, dividida en capítulos que comprende los lineamientos temáticos. Primer capítulo, desarrollamos brevemente a la familia. En el segundo capítulo, nos ocupamos de la unión de hecho en general. En el tercer capítulo, se logra detallar y desarrollar las causas que originan la unión de hecho. En el cuarto capítulo estudiamos las posiciones legislativas de la unión de hecho. En el quinto capítulo, desarrollamos la distinción existente de la unión de hecho con otras formas de relaciones de pareja. En el sexto capítulo se desarrolla la unión de hecho en el Derecho peruano. En el séptimo capítulo La unión de hecho en el Derecho Comparado. En el octavo capítulo se describe el marco conceptual, desarrollando términos relacionados con la investigación. Finalizamos la presente investigación con los aportes de la investigación, presentando aquí la propuesta legislativa, las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación, la bibliografía y anexos.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.- Fundamentos del Problema de Investigación.

1.1.1.- Observación. Descripción de hechos y situaciones materia de la investigación.

Conforme se observa el Derecho Familiar peruano, **la unión de hecho**, es una institución jurídica reconocida por la Constitución Política del Perú y está regulada dentro del Título III denominado Régimen Patrimonial del Matrimonio del capítulo segundo, denominado Sociedad de Gananciales en el artículo 326° del Código Civil, y en un solo artículo, pese a ser una institución jurídica diferente al matrimonio, lo ubicamos dentro de esta institución. La unión de hecho, requiere de mayor protección legal, diferenciándola de la institución matrimonial, ya que ambas instituciones jurídicas, son fuentes que originan la familia, **y que cuyo reconocimiento judicial de las uniones de hecho debe llevarse a cabo con mayor celeridad**, para así poder ejercer los derechos económicos que originan; es decir debe regularse legalmente, el reconocimiento judicial **en vía procedimental sumarísima y no como hoy en vía procedimental de conocimiento, proceso largo y costoso**, acción ejercida a petición de una sola parte a falta de acuerdo y/o por muerte de una de las parejas, o mediante reconocimiento extrajudicial efectuada de manera voluntaria con la creación de los registros de las uniones de hecho reguladas legalmente hoy, como ocurría en el Derecho Comparado Español, centroamericano, y en sud américa en Ecuador.

Todos tenemos conocimiento que las relaciones con los hijos nacidos de la unión no matrimonial se encuentran plenamente “reguladas legalmente”, ya que los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen iguales derechos para todo cuanto les favorezca, pero la preocupación principal del investigador

es la regulación específica y en capítulo independiente con varios artículos dentro del libro de familia del código civil, ***proyectándonos más adelante a la regulación en un Código Familiar Peruano***, regulando legalmente las relaciones jurídicas originadas por la unión de hecho, los derechos y obligaciones que originan estas uniones fácticas, ya que actualmente para ejercer los derechos de las parejas que viven bajo este régimen, debe iniciarse un reconocimiento judicial de unión de hecho en vía procedimental de conocimiento, proceso que dura aproximadamente cinco años, pese a la existencia de otras vías más rápidas y otras formas de reconocimiento de las uniones de hecho conforme se pretende aportar con el presente trabajo. Como se puede apreciar, este es uno de los puntos más problemáticos en el sistema legal nacional que carecen de todo tipo de pronunciamiento o que, aun teniéndolo, no se han sumado a la euforia de los países centroamericanos, autonomía españolas de regular legalmente el registro de las uniones de hecho voluntariamente, reguladas legalmente recién hoy en nuestro país, gracias al presente proyecto de investigación primitivo, que son efectuadas por las parejas de hecho de manera voluntaria, con el propósito de darles certeza, no sólo para protección de las parejas que viven bajo este régimen, sino de los hijos y terceros.

Observamos que en nuestro país, existe desconocimiento legal de la unión de hecho como tal, para las parejas que viven bajo esta institución, que favorece muchas veces la irresponsabilidad paterna, o bien contribuir a someter a los más débiles, particularmente en el régimen económico y, en las relaciones personales, cuando hay maltrato y violencia intrafamiliar. Por ello, no cabe el silencio legislativo para desconocer uniones libres de impedimento matrimonial que se sustentan en principios de solidaridad, igualdad, unidad, justicia y equidad.

1.1.2.- Diagnóstico. Señalamos y ubicamos en el diagnostico las causas y efectos del tema de investigación.

1.1.2.1.- Causas Sociales. Debido a la desigualdad social que existe en nuestro país, es una forma de contribución a las constituciones de hecho,

como por ejemplo en las zonas andinas por razones sociales optan por el servinacuy o matrimonio a prueba.

1.1.2.2.- **Causas económicas.** En ciertas regiones del país, incide especialmente el factor económico para el desarrollo de la unión de hecho.

En los sectores de menores ingresos económicos, puede suponerse que existe una mayor dificultad para establecer, por medio del matrimonio, un vínculo familiar regularmente organizado, prefiriéndose, en su reemplazo, el mantenimiento de uniones de hecho, aunque sean estables, pero que no crean cargas ni obligaciones de base legal.

1.1.2.3.- **Causas culturales.** Se señala como causa de la unión de hecho, la falta de desarrollo educacional.

Pero las mejores enseñanzas no podrán hacer disminuir apreciablemente las uniones extramatrimoniales, si no van acompañadas de soluciones que aseguren al hombre la solidez económica necesaria para organizar una familia sin angustias ni temores.

Así mismo las causas culturales surgen por la existencia del desconocimiento legal de las uniones de hecho, ya que muchas parejas de hecho no saben como ejercer sus derechos que originan las uniones de hecho.

1.1.2.4.- **Causas Jurídicas.** El legislador ha optado por dos instituciones jurídicas tales como: El matrimonio y el divorcio, sin embargo las formalidades para la celebración del matrimonio, no son las más apropiadas ya que en vez de facilitarlo lo entorpecen y no lo promueven, debido a estas formalidades se promueve la unión de hecho.

1.1.2.5.- **Efectos:** la falta de una regulación legal completa y específica del régimen jurídico de las uniones de hecho, traen como efectos; la irresponsabilidad paterna, hijos no reconocidos, y no poder ejercer el régimen

económico de las uniones de hecho de manera sencilla, y en las relaciones personales no poder como resolver maltratos y violencia intrafamiliar teniendo como víctima a uno de los convivientes o a los hijos menores de edad.

1.1.3.- Pronóstico: Hacía donde la dirigimos la situación descrita.

Espero que, con la presente investigación se resuelva este problema de las parejas de hecho, con una regulación legal independiente con varios artículos en el código civil, y porque más adelante no tener un código de familia que unifique las normas establecidas en el libro de familia del Código Civil con el Código de los Niños y Adolescentes y con la Ley de Violencia Familiar entre otras normas.

La presente investigación, va dirigida a la protección legal de toda pareja de hecho, que hace vida en común extramatrimonial libre de impedimentos matrimoniales, evitando de esta forma la falta de protección legal, y ver de aquí a un futuro resultados positivos en nuestro país.

1.2.-Preguntas de investigación:

1.2.1.- Pregunta Principal.

1.- ¿Por qué es necesario regular de manera independiente el régimen jurídico de la unión de hecho en el libro de familia del Código Civil?

2.- ¿Por qué debe regularse el reconocimiento judicial a petición de una de las partes en vía procedimental sumarísima en el libro de familia del código civil peruano?

1.2.2.- Preguntas Secundarias.

3.- ¿Existe algún criterio al momento que los legisladores determinen el reconocimiento de las uniones de hecho voluntariamente inscritas?

4.- ¿Por qué debe regularse el reconocimiento extrajudicial o voluntario con la inscripción en el registro de las uniones de hecho?

5.- ¿La inscripción de las uniones de hecho en un registro, debilita la institución del matrimonio y/o ratifica una situación que existe en la realidad social?

6.- ¿Cuándo debemos inscribir las uniones de hecho en el registro?.

II- OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN.

2.1.- Objetivos de la Investigación

Los objetivos tienen concordancia con las preguntas de la investigación.

2.1.1.- Objetivo General:

1.- Analizar la protección legal de la unión de hecho en el marco del ordenamiento jurídico peruano.

2.- Encontrar y proponer una redacción amplia en el libro de familia del código civil peruano las uniones de hecho y su reconocimiento, tanto voluntariamente con su inscripción en los registros de uniones de hecho y a falta de voluntad o por muerte de uno de los concubinos el reconocimiento judicial de la unión de hecho en vía procedimental sumarísima.

3.- La idea de este tema de investigación es hacer notar, que hace falta encontrar una solución legal para que las uniones de hecho tengan un registro donde se inscriban voluntariamente y ejerzan su derecho, evitando de esta forma procesos judiciales tediosos de larga duración y gasto excesivos—quizá no equiparablemente al matrimonio en todo los derechos- pero si debidamente normado en el código civil en el libro de familia.

4.- Es el momento de establecer de manera conjunta entre Gobierno, sociedad y Estado acciones que tiendan a proteger a las parejas de hecho(concubinatos propios), con la creación de los registros de uniones de hecho, institución fáctica familiar que es una de las formas más frecuentes practicadas en nuestro país, al interior de la familia, la llamada "unión de hecho " regulada en nuestra Constitución Política del Estado y en el libro de familia de nuestro código civil vigente, aquélla que se encuentra desprotegida, que lamentablemente para ser reconocidas como tal, previamente deben iniciar un proceso judicial de reconocimiento de unión de hecho tramitada por

ante los Juzgados de Familia, proceso que dura aproximadamente cuatro a cinco años.

2.1.2. Objetivos Específicos:

Como objetivos específicos tenemos:

1.- Perfeccionar la normatividad ampliando las normas de la unión de hecho en la legislación peruana.

2.- Contribuir al conocimiento legal de las parejas de hecho sobre la regulación legal del reconocimiento de las uniones de hecho.

3.- Establecer los beneficios de la creación del registro de la unión de hecho.

4.- Establecer los beneficios del reconocimiento judicial en vía procedimental sumarísima de la unión de hecho

5.- Establecer los motivos por los que la unión de hecho origina deberes y derechos similares a los del matrimonio.

6.- Caracterizar las relaciones concubinarias propias

7.- Identificar en que medida las características de las relaciones concubinarias se ajustan al régimen de protección legal.

2.2.- Justificación de la investigación.

En principio, todo estudio sobre determinada regulación legal, a la luz de la moderna doctrina y realidad social, resulta conveniente. Ello por dos motivos fundamentales: por que permite comprender mejor la institución regulada, y por que hace posible apreciar deficiencias en el tratamiento legal, susceptibles de mejora.

Dicho estudio eleva su nivel, si lo proyectamos más allá de la legislación vigente, concretamente hacia la legislación comparada. La legislación extranjera, nos muestra otras formas de tratar a las uniones de hecho, y nos da la posibilidad de enriquecer nuestro ordenamiento jurídico.

Consideramos atendible el estudio del tratamiento legal que recibe la unión de hecho en el Perú, debido a que, luego de enfrentar su actual regulación con la doctrina, y la legislación extranjera, se aprecia que la misma resulta limitada en varios aspectos como es el caso específicamente la no regulación del reconocimiento de las uniones de hecho en un artículo correspondiente del código civil, así como de otros artículos que regulen los derechos y requisitos de las uniones de hecho.

La presente investigación, se justificó desde diversas dimensiones. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, en segundo lugar, desde el punto de vista social

Justificación jurídica: Proteger el ejercicio de los derechos que originan las uniones de hecho, sin previa declaración judicial de unión de hecho inscritas voluntariamente en los registros de uniones de hecho y por falta de voluntad el reconocimiento judicial en vía procedimental sumarísima.

Plasmar la investigación en la doctrina jurídica familiar nacional.

Solucionar la problemática de inseguridad jurídica que tienen las parejas de hecho y la necesidad que el derecho familiar establezca legalmente los registros de uniones de hecho.

Justificación social: Debido a que este es un fenómeno social ante todo y ser un tema controvertido y que se encuentra directamente relacionado con la familia como cédula básica de la sociedad, la cual constituye la fuente primaria del derecho, revistiendo una especial importancia para el desenvolvimiento armónico, para la paz y justicia en aras de la suprema felicidad social establecida en la constitución política del Perú del año 1993.

III.- CARACTERÍSTICAS: HISTÓRICA, COMPARATIVA, INTERPRETATIVA, PROPOSITIVA.

3.1.- Histórica.

El concubinato, que origina legalmente a la unión de hecho, es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal, ha conseguido mantenerse sin ninguna o escasa protección jurídica tan sólo por que tiene raíces sustancialmente naturales. Esta comunidad es frágil en razón de estar sujeta a la voluntad de cada uno. Lo inminente es su ruptura, donde los sujetos que soportan las consecuencias y muchas veces el despojo patrimonial son la mujer y los hijos, esto vista de la realidad social peruana.

En el presente punto solo enumeramos los antecedentes históricos de la unión de hecho en el Perú, para más adelante desarrollar de manera amplia dentro de los lineamientos de la presente investigación.

El régimen jurídico de la unión de hecho legalmente regulada, no tuvo lugar en el Perú hasta la entrada en vigor de la constitución política del año 1979, el Código Civil del año 1984 y la Constitución Política del año 1993, sin embargo según algunos cronistas, el concubinato existió en la época preincaica, incaica, colonial y republicano, para luego regularlo legalmente como unión de hecho en la constitución del año 1979.

3.2.- Comparativa.

El análisis comparativo de las uniones de hecho en el Derecho Familiar, se encuentran desarrolladas de manera amplia en los lineamientos temáticos de la investigación.

3.3.- Interpretativa

La interpretación del tema de investigación lo realizaremos utilizando las diferentes teorías, doctrinas jurídicas y legislación comparada referentes a

la unión de hecho, denominadas también en el mundo como uniones libres no matrimoniales o parejas de hecho, entre otras denominaciones, dentro de los lineamientos de la investigación.

3.4.- Propuesta

La propuesta plateada por el investigador es legal, cuya finalidad fundamental, es la modificación del libro de familia del código civil peruano, regulando a la unión de hecho dentro del Título II Capítulo II, del Libro de Familia de Código Civil vigente, bajo la denominación “DE LA UNIÓN DE HECHO” cuyos artículos deben establecerse en forma específica e independiente, y para tal sentido alcanzo un proyecto de ley.

IV.- FORMULACION DE HIPOTESIS

En la presente investigación se formula la hipótesis de manera descriptiva.

4.1.- Hipótesis Principal

1.- Es necesario regular de manera amplia el régimen jurídico de la unión de hecho en el libro de familia del Código Civil, porque las parejas que viven bajo este régimen, requieren de mayor protección legal, motivo por el cual debe regularse la institución jurídica de la unión de hecho en un capítulo independiente.

2.- Debe regularse **el reconocimiento judicial en vía procedimental sumarísima en el libro de familia** del código civil peruano a petición de una de las partes, **porque, es un proceso más rápido y económico que un proceso tramitado en vía procedimental de conocimiento.**

4.2.- Hipótesis Secundarias

3.- Si existen criterios al momento que los legisladores determinen el reconocimiento de las uniones de hecho voluntariamente inscritas, porque, la creación de los registros de uniones de hecho origina una protección plena de las parejas que viven bajo este régimen.

4.- Debe regularse el reconocimiento extrajudicial o voluntario con la inscripción en el registro de las uniones de hecho, **porque;** inscribiendo las uniones de hecho en un registro, hay seguridad jurídica para las parejas que viven bajo este régimen.

5.- Con la inscripción de las uniones de hecho en un registro, se ratifica una situación que existe en la realidad social.

6.- Debemos inscribir las uniones de hecho en el registro, cuando las parejas que viven bajo este régimen cumplan con los requisitos establecidos por ley.

SEGUNDA PARTE

LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN – LINEAS TEMÁTICAS

Las líneas de la presente investigación, se encuentra enmarcada en el desarrollo de los lineamientos temáticos de la investigación; **lineamiento teórico, legal y jurisprudencial** de la unión de hecho en el Derecho Interno y Derecho Comparado.

Al desarrollar el Marco Teórico pertinente a este estudio, nos ocupamos, de los antecedentes históricos, la terminología, delimitación, noción conceptual, la naturaleza jurídica, las causas que originan, clasificación, la relación y diferencia existentes con otras formas de relaciones de pareja, los requisitos, las relaciones personales, la extinción y sus efectos, el reconocimiento y probanza, regulación jurídica peruana y comparada de la unión de hecho en capítulos.

CAPITULO I

LA FAMILIA

1.1. NOCIONES GENERALES.

Desde el momento de la existencia de vida humana en el mundo, debo manifestar que la familiar estuvo siempre presente, al formar una relación de pareja entre un varón y mujer, procreando hijos, haciendo vida en común, lo cual nos lleva claramente a establecer que la unión de hecho nace antes del matrimonio.

La familia, según estudios vistos, históricamente conforme detallan varios estudiosos e historiadores, se indica que antropólogos y sociólogos han desarrollado diferentes teorías sobre la evolución de las estructuras familiares y sus funciones. Según éstas, en las sociedades más primitivas existían dos o tres núcleos familiares, a menudo unidos por vínculos de parentesco, que se desplazaban juntos parte del año pero se dispersaban en las estaciones en que escaseaban los alimentos. La familia era una unidad económica: los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían y preparaban los alimentos y cuidaban de los niños. En este tipo de sociedad era normal el infanticidio y la expulsión del núcleo familiar de los enfermos que no podían trabajar.

Finalmente Debo manifestar que, durante el desarrollo de la vida humana, se han visto grandes cambios en el ámbito social, cultural, económico, político y científico, entre otros fenómenos sociales, tenemos a las guerras, luchas por el poder, cambios violentos de gobiernos, atentados contra la vida humana, abortos y manipulación genética y hoy en día la globalización mundial, presentándose positivamente, ya que le permite al hombre comunicarse de forma rápida con el mundo e informarse de todo; y lo negativo, es el empobrecimiento de las relaciones humanas atentando contra la dignidad de las personas, afectando muchas veces el desarrollo de cualquier sociedad. Sin embargo pese a los cambios surgidos en el desarrollo

de la humanidad, La familia, ha permanecido como un pilar sólido y resistente frente a diversidad de fenómenos que alteran la buena convivencia de las personas en la sociedad; debiéndose esto, a que ha logrado proteger la intimidad del individuo desde la niñez, inculcándole valores morales esenciales, los que se manifiestan a través del amor, que une a los miembros de la familia y que los hace incólumes frente a las adversidades o cambios en la vida que alteren su unión.

1.2. ETIMOLOGÍA Y NOCIÓN CONCEPTUAL.

Etimología. Si se analiza el origen etimológico de la palabra familia se puede entender que deriva de *famulus* que significa “esclavo domestico”, o sea, para los romanos, familia era el conjunto de esclavos pertenecientes al mismo amo. Entre los Patricios de Roma, el término familia no se aplicaba a la pareja conyugal y a sus hijos, sino a los esclavos.

Noción Conceptual. No es posible dar un concepto preciso de la familia, en razón de que se trata de un término, donde se le pueden asignar diversos conceptos, tales como biológicos, sociales y jurídicos entre otros.

La familia desde un punto de vista biológico¹. Desde este ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que , por el hecho de descender uno de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre².

La familia desde un punto de vista sociológico. Nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas

¹ Bautista Toma, Pedro y Herreros Pons. Manual de Derecho de Familia. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú. p. 12.

² Citado por Bautista Toma y Herreros Ob. Cit. p. 12. de Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomos I y II, Bogotá Temis, 1961.

épocas y en los distintos lugares. En algunos casos, como a el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura denominada “familia nuclear”, que se encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Estos, al unirse con los miembros de la otra familia, forman una nueva y, aunque vivan separados, se encuentran engranados, de una forma típica en redes alargadas de familiares por diversas partes. En otros casos, como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del pater. En estas circunstancias, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada “familia en sentido extenso”³.

La familia jurídicamente, lo podemos ver de tres puntos de vista: una amplia, otra restringida y aun otra más intermedia⁴.

A) FAMILIA EN SENTIDO AMPLIO (FAMILIA EXTENDIDA). En el sentido más amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común.

B) FAMILIA EN SENTIDO RESTRINGIDO (FAMILIA NUCLEAR). En el sentido restringido, la familia comprende sólo a las personas unidad por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su

³ Bautista Toma, Pedro y Herreros Pons. Ob. Cit. p. 13.

⁴ Placido V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. primera edición 2001. p. 17.

patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.

C) FAMILIA EN SENTIDO INTERMEDIO (FAMILIA COMPUESTA). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia sólo tiene importancia social, por ello la legislación no lo toma en cuenta.

1.3. FUNCIONES DE LA FAMILIA⁵.

a) Función de la Regulación Sexual: La familia es la principal institución por medio de la cual las sociedades organizan y satisfacen la regulación sexual específica entendiéndose esta como aquella fidelidad que debe existir entre la pareja.

En algunas sociedades del mundo permiten a los jóvenes que tengan experiencias sexuales antes de contraer matrimonio. Sin embargo, en tales sociedades esta experiencia sexual premarital se considera como una preparación para la vida conyugal, y no como un pasatiempo; por lo regular, su objetivo fundamental es el determinar la fertilidad; una muchacha que concibe, pone de manifiesto su aptitud para el matrimonio. La mayoría de estas sociedades no solamente cuentan con una conducta sexual permitida, sino que la han institucionalizado, es más, la han definido como una actividad correcta y útil. En otras sociedades piensan en la idea de llegar al matrimonio en estado de virginidad.

b) Función Reproductora: Toda sociedad depende fundamentalmente de la familia para la reproducción de sus miembros; teóricamente solo son

⁵ Monroy Ley, Manuel Vicente. La Necesidad de regular el reconocimiento de la unión de hecho Post – Mortem en la Vía Extrajudicial. Tesis presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 2007. P. 5.

posibles en los otros sistemas, y muchas sociedades aceptan sin reserva alguna a los hijos habidos fuera del marco familiar.

c) Función Socializadora: Todas las sociedades dependen de la familia, pero principalmente para la socialización de niños en adultos, que puedan desempeñar con éxito las funciones que socialmente les sean encomendadas. Uno de los muchos modos en que la familia socializa al niño, descansa en la proporción de modelos para ser copiados por este. Es en la familia en donde aprende a ser hombre, esposo y padre, principalmente a través del desarrollo de su vida en una familia encabezada por un hombre, esposo y padre. Donde falta este modelo, el niño tiene que recurrir a modelos de segunda mano que ve en otras familias y en sus parientes. A raíz de esto, pueden surgir algunas dificultades de adaptación social.

d) Función Afectiva: Los psiquiatras sostienen el criterio de que quizá la mayor causa individual de dificultades emocionales, problemas de comportamiento e inclusive enfermedades físicas sea la falta de amor; es decir, la falta de una relación cálida y afectiva con un reducido número de personas íntimas.

e) Función Protectora: En todas las sociedades, la familia ofrece a sus miembros un cierto grado de protección económica, material y psicológica. En muchas de ellas, un ataque contra una persona se considera dirigido contra toda la familia, y todos los miembros se unen para vengar la ofensa o para defender el miembro atacado. En otras, la culpa o vergüenza la comparten por igual todos los miembros integrantes de la familia.

1.4. DERECHO DE FAMILIA.

1.4.1. Naturaleza Jurídica.

En cuanto a la naturaleza del derecho de familia, tradicionalmente se ha considerado que, es una sub-rama del derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que

habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho, con principios propios⁶.

Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un código de familia (aparte de un código civil). Ése ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá y Rusia, entre otros.

Plácido⁷. Desde la óptica de la sociología la familia es, sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad.

La función del Derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros –cónyuges, convivientes, hijos, parientes– deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado cauce de las pautas socialmente institucionalizadas. Esto no significa que el Derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar. Suele haber comportamientos basados en las costumbres, las tradiciones, que la ley no recoge y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia, y que obedecen a concepciones éticas o morales, e incluso religiosas de los miembros de la familia.

1.4.2. Noción conceptual.

El Derecho de Familia, desde el punto de vista del autor, es el conjunto de normas jurídicas que regulan, a las instituciones familiares, las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia.

⁶ Monroy Ley, Manuel Vicente. Ob. Cit. p. 10.

⁷ Plácido V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 18

Por su parte, Alex Placido⁸ expone la Naturaleza Jurídica de la Familia lo siguiente. En nuestro país, el Derecho de Familia está contenido básicamente en el Código Civil, aunque existen numerosas leyes complementarias que también lo integran. Si el Derecho de Familia es, en razón de la materia, parte del Derecho Civil, no es posible considerar que pertenece al Derecho Público, ya que las relaciones familiares no vinculan a los sujetos con el Estado como sujeto de Derecho Público. Se trata de relaciones entre las personas, derivadas de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

No varía esta conclusión el hecho de que numerosas relaciones familiares estén determinadas por normas de orden público.

El orden público, en el Derecho Privado, tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas. Por eso, sabido, es el orden público resulta de normas legales imperativas y no meramente supletorias. Esto no significa que las relaciones jurídicas dejen de ser de Derecho Privado por el hecho de que estén, en muchos casos, regidas por normas imperativas, es decir de orden público.

En el Derecho de Familia, el orden público domina numerosas disposiciones: así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternas filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etc. Ello se debe a que el interés individual, egoísta, del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquellas responden.

⁸Placido V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. pp. 18-19.

1.4.3. El estado de familia

Debemos mencionar que, el estado de familia es uno de los atributos de la personalidad humana o de existencia visible, ya que es una noción sin contenido o abstracto, debido a que no corresponde a una determinada relación familiar, sino debe abarcar diversas relaciones y referirse a los elementos comunes de estas relaciones, en tal sentido; es inalienable, imprescriptible e irrenunciable.

El título y la posesión de estado de familia⁹. Para ejercer los derechos subjetivos familiares relativos a determinado estado de familia, debe acreditarse éste mediante su respectivo título.

Nos dice el autor; este concepto tienes dos acepciones: en sentido material o sustancial el título de estado de familia es el emplazamiento en determinado estado de familia; en sentido formal, es el conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona, y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar ese estado. Sobre este último punto, en nuestra legislación se reconoce, p. ej., como título de estado matrimonial la partid de matrimonio o la sentencia judicial que declara comprobada la celebración del matrimonio.

Ahora bien, quien se halla provisto del título de su estado de familia tiene la titularidad de ese estado. Pero ello es independiente de la situación de hecho que al estado corresponde, que puede existir con título de estado sin posesión de él, como en el caso de los cónyuges que viven separados de hecho o de los hijos que no están bajo la tenencia de los padres.

⁹Placido V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 36

Posesión de estado es, pues, el goce de hecho de determinado estado de familia, con título o sin el.

Este último se presenta cuando alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres o cuando un hombre y una mujer que dicen ser marido y mujer, se comportan públicamente como tales y viven juntos, pero no han contraído matrimonio.

La posesión de estado tiene importancia práctica en las siguientes situaciones:

- a) Constituye un hecho que la ley toma en cuenta para atribuir determinadas consecuencias jurídicas. Así, en el caso de vicios formales en la partida de matrimonio, la posesión de estado subsana esas deficiencias (artículo 269 del Código Civil).
- b) Permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconocen a través de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado. Así, cuando se la acredita en juicio, permite determinar la paternidad extramatrimonial (artículo 402, inciso 2, del Código Civil).

1.4.4. El derecho al matrimonio.

El derecho a contraer matrimonio es otro de rango constitucional y se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales¹⁰. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia y promueven el matrimonio.** Reconocen a estos últimos como institutos

¹⁰ Art. 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 16.1. A de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.

naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley¹¹. Tomando como referencia estos supuestos, debemos manifestar que el ejercicio del matrimonio supone: 1. El libre y consentimiento para contraer matrimonio por parte de los futuros cónyuges y 2. La libre elección de el/la cónyuge.

Uno de los problemas que plantea el ejercicio del derecho al matrimonio lo constituyen las uniones entre homosexuales. En los últimos años hemos podido apreciar cómo se han dado casos en Europa donde se ha permitido el matrimonio homosexual. El Perú está hoy muy lejos de esta posibilidad¹².

1.4.5. El derecho a formar uniones de hecho

El Derecho a formar uniones de hecho, se encuentran protegidas legalmente por la Constitución Política del Perú vigente del año 1993, es decir que este derecho adquiere rango constitucional con la Carta Magna del año 1979 que las reconocía en su artículo 9. Actualmente están reguladas en el artículo 5 de la constitución vigente de 1993, siendo sus elementos: 1. Unión estable de varón y mujer, con lo que se excluye el estatus de unión de hecho, reconocida legalmente, a las uniones convivenciales homosexuales, 2. Ausencia de impedimento matrimonial, 3. Conformación de un hogar de hecho, 4. Hacer vida en común.

Mencionar que algún sector de la doctrina sostiene que dar un trato diferenciado privilegiando las uniones matrimoniales, en comparación con las uniones de hecho constituye una practica violatoria del mandato de no discriminación. Comentando un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, se dice que “el principio de igualdad una equiparación entre matrimonio y uniones de hecho. Semejante equiparación debería ser, en todo caso, una decisión del legislador, quien no podría desconocer, quien no podría

¹¹ Art. 4º de la Constitución Política del Perú de 1993.

¹² Al respecto se puede consultar Roca, Encarna. “El Derecho a contraer matrimonio y la regulación de las uniones de hecho”. en autores varios, puntos capitales del derecho de familia en su dimensión internacional. Madrid. Dykinson, 1999.

desconocer, de todas formas, la preferente atención constitucional al matrimonio. Por lo demás, el matrimonio queda abierto a toda persona sin distinción discriminatoria de ningún tipo, y se encuentra constitucionalmente garantizada la posibilidad de su disolución, por lo que el rechazo al mismo no puede fundamentarse, como en el pasado, en razones de carácter objetivo¹³.

¹³ Espin, Eduardo. “Los derechos de la esfera personal”. En: AA.VV. Derecho Constitucional. Vol. I Tirant Le Blanch, Valencia, 2000. p. 239.

CAPITULO II

LA UNIÓN DE HECHO

2.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.- Derecho Antiguo.

Conforme a varios estudios realizados a través de la historia del universo, debo manifestar que, el concubinato propiamente dicho, es una institución fáctica y natural anterior al matrimonio, desde albores del desarrollo humano, teniendo como fuentes que acreditan su existencia en la Santa Biblia. Agar e Ismael del Capítulo 16.3 Libro de Génesis “Y Sarai mujer de Abrahán tomó a Agar su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la Tierra de Canaán, y la dio por mujer a Abram su marido” citando y comentando a este pasaje bíblico se puede interpretar que, cuando Jehová único Dios de los Ejércitos mando a Abram llevar a su sierva Agar por Mujer y el pasaje de Salomón, hijo de una de las concubinas de David, que usurpó el trono y reunió en su palacio al menos ochocientos esposas y trescientas concubinas¹⁴.

En la antigüedad. Los egipcios, los hebreos y los sumerios, entre otros, ya conocían el concubinato. En los pueblos asiáticos, la poligamia como cuestión primitiva que era, aceptaba los más variados tipos de unión irregular. La sagrada biblia a este respecto nos muestra datos clarísimos y evidentes. **Ella nos habla de que Raquel dio a su esposo Jacob una esclava llamada Bala como mujer de segundo orden y que Lia hizo cosa con su esclava Celfa (Genesis 30)**. Nos relata que Sarai, mujer de Abram, lo instó, en vista de su esterilidad, para que tomara a su esclava egipcia Agar (Genesis 16). En la Grecia de Homero y en la Macedonia de Alejandro los concubinos eran un galardón que se entregaba a los triunfadores de las grandes batallas. La

¹⁴ De Reina, Casiodoro y de Valera, Cipriano. La Santa Biblia. 2001. Pag. 16-17.

esclavitud –sistema de opresión que nació con las primeras épocas– fue campo propicio para el nacimiento de esas uniones irregulares, muchas de ellas incestuosas o adulterinas, que florecían al amparo de esa organización familiar rudimentaria existente en los albores y aún en el apogeo de la civilización cristiana¹⁵.

Antiguamente, Peralta Andía,¹⁶ relata que, aproximadamente 2000 años A. De C., el concubinato ya había sido admitido como una institución legal en el Código de Hammurabi, aclarando el pasaje bíblico referente a este punto debo manifestar que se trataba de un **concubinato impropio**, debido a que Abraham estaba casado con Sara, y que con Agar su concubina impropia, quienes procrearon a su hijo Ismael, configurándose en el Derecho peruano vigente diríamos que no es unión de hecho, regulado por la constitución y el código civil. En cambio, en el derecho romano estuvo regulado en el *jus gentium*, por las leyes de Julia y Papia Poppea, y no fue una práctica ilícita ni arbitraria sino una suerte de cohabitación sin *affectio maritalis* de un ciudadano con una mujer de inferior condición social. En principio, el concubinato estaba permitido con las mujeres respecto de las cuales no era posible el *stuprum*, es decir, con las manumitidas, las de baja reputación y las esclavas. Pero, una mujer honesta podía también descender al rango de concubina. En este caso, era precisa una declaración expresa, y la mujer honesta perdía, al convertirse en concubina, la *existimatio*¹⁷. De modo ha sido considerado como un matrimonio de segundo orden (unión de hecho en la legislación peruana y matrimonio de hecho en la legislación boliviana), donde el parentesco en determinados grados producía impedimento y la infidelidad de la mujer una sanción por adulterio.

¹⁵ Betancourt Tararillo, Carlos. El régimen legal de los concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín-Colombia. pp. 26-27.

¹⁶ Abram fue un patriarca bíblico, casado con Sara, con quien tuvo en su senectud un hijo llamado Isaac; pero el mismo tenía como concubina a Agar, con quien anteriormente había tenido otro hijo llamado Ismael, que fue el fundador del Islamismo citado por Peralta Andía, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil, Lima – Perú: Idemsa, 2002. p. 116.

¹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. Editorial Bibliográfica Argentina. p. 616-617

Adahyl Dias¹⁸, la historia griega antigua fue legitimadora de uniones concubinarias alcanzando celeridad en la vida íntima de escultores, filósofos y poetas. Se puede apreciar el caso particular de Friné, la más hermosa entre las bellas, quien arrastró a Praxíteles como su amante, sirviéndole de modelo para sus esculturas, Venus y Afrodita. Al mismo tiempo, se convirtió en amante de Hipérides, notable orador que la defendió en el pretorio bajo la acusación de impúdica (famoso juicio al que fue sometida). Se destacan en la historia concubinas famosas que contribuyeron con una noble función en la cultura griega, especialmente Aspasia de Mileto, quien enseñó la retórica, en base a sus propias lecciones, a muchos estudiantes, incluidos viejos griegos. Antes de vivir con Pericles, Aspasia se convirtió en la concubina de Sócrates y, después de su muerte, de Alcibíades. En Grecia Antigua a las concubinas se les llamó hetaera o hetaira, que significaba una forma de compañía sofisticada mezclada con prostitución (cortesanas).

Por su parte, Escobar Vélez,¹⁹ ratificando lo expuesto por otros juristas expone que; el concubinato era el nombre al que atendía La Unión Marital de Hecho anteriormente. “El concubinato ha existido desde tiempos bastante pretéritos. En los pueblos egipcio, hebreo, griego, romano, así como en los pueblos asiáticos, en general (indio, chino, sumerio, asirio, etc.), existió la unión libre”.

2.- Derecho Romano²⁰. - En el derecho romano, el concubinato no era una mera unión de hecho sino una forma de unión legal pero inferior al matrimonio. Consistía- en la cohabitación sin affectio maritalis de un ciudadano con una mujer de baja condición, como una esclava o liberta. Se diferenciaba del matrimonio (iustae nuptiae) tanto por su naturaleza como por sus efectos.

¹⁸ Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique. Tratado de Derecho de Familia T.II. Gaceta Jurídica. Primera edición. Noviembre 2011. Pag. 374.

¹⁹ Escobar Vélez, Edgar. López Hurtado, Beatriz. La Unión Marital de Hecho. Editora Jurídica Colombiana. Segunda Edición, Medellín, 1997. p. 6

²⁰ Belluscio, Augusto César. Manual de Derecho de Familia Tomo I. 6º Edición. De Palma – Buenos Aires. 1998. p.422.

En razón de la ausencia de *affectio maritalis*, el concubinato no otorgaba el honor matrimonii, por lo que la mujer no adquiría la condición social del marido ni la dignidad de esposa. Los hijos no tenían calidad de legítimos y sólo adquirirían parentesco con la madre y la familia de ésta, pero considerados *liberi naturali* fueron adquiriendo determinados derechos y en especial la posibilidad de ser legitimados. La disolución del concubinato era un mero hecho que no producía ninguna de las consecuencias jurídicas del divorcio.

La legislación dictada bajo el imperio de Augusto trató de dar estructura legal a la figura, estableciendo que debía tratarse de unión de personas púberes sin parentesco entre ellas que constituyese impedimento matrimonial, el varón no debía ser casado, y la mujer no debía ser honesta. De lo contrario se configuraban los delitos de *incestum*, *adulterium* o *stuprum*, respectivamente.

En la época imperial los concubinatos proliferaron como consecuencia de la extensión de los impedimentos matrimoniales. Los emperadores cristianos trataron de combatirlos por considerarlos contrarios a la moral; por ello prohibieron las donaciones y legados hechos a la concubina y a los hijos naturales, y la arrogación de éstos, pero trataron de inducir al matrimonio y a la consiguiente legitimación de los hijos. Fue Constantino-quien creó la legitimación por subsiguiente matrimonio, aunque con carácter transitorio, para los hijos naturales existentes entonces.

Finalmente, Justiniano mitigó las limitaciones a las donaciones y legados, concedió a la concubina y a los hijos naturales un derecho limitado de sucesión legítima, otorgó a los segundos derecho de alimentos contra sus padres, e hizo de la legitimación institución permanente. Pero por otra parte extendió al concubinato los requisitos fundamentales del matrimonio: monogamia, edad mínima, impedimentos de consanguinidad y afinidad. Finalmente, a la vez que eliminó los impedimentos matrimoniales de condición social, permitió el concubinato con mujer honesta, que requería

declaración expresa en tal sentido y dejó de constituir *stuprum*. Desde entonces, el concubinato fue la cohabitación estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*. Aun cuando la institución perdió mucho de su campo de aplicación por la supresión de los impedimentos de condición social, subsistió en Oriente hasta tiempos de León el Filósofo (siglo IX) y en Occidente hasta el siglo XII.

3.- Derecho Español. — El antiguo derecho español admitió la institución de la barraganía, unión de carácter inferior similar al concubinato romano. Las Partidas le dedican todo un título (Partida 4ª, título XIV), que tras declararla pecado mortal, establece que la barragana debe ser una sola, que no debe existir impedimento matrimonial, y que la de reyes y nobles no debe pertenecer a las clases sociales inferiores. La Partida 6ª, título XIII, ley 8, concede a la barragana 1/2 del haber hereditario. También se estableció que el que tomaba barragana debía hacerlo ante testigos, para impedir que se la considerase esposa legítima en virtud de matrimonio clandestino²¹.

4.- Derecho Francés²².— El antiguo derecho francés no se limitó a desconocer efectos jurídicos al concubinato sino que, bajo la influencia del derecho canónico, adoptó medidas tendientes a combatirlo. Tales, la Ordenanza de 1604 que dispuso "la invalidez de las donaciones entre concubinos; luego la declaración del 26 de noviembre de 1639 sobre las formalidades del matrimonio y otros aspectos de éste, y el edicto de marzo de 1697, que negaron vocación sucesoria a los hijos nacidos de matrimonios contraídos *in extremis* por quienes habían vivido en concubinato, así como a los contra yentes de tales matrimonios.

LA Revolución Francesa, que dejó a la iglesia debilitada, anunció una nueva mentalidad respecto a las uniones extramatrimoniales. *Les concubins se pasent de la loi, la loi, la loi se désinteresse d' eux* (los concubinos

²¹ Bellusio, Augusto César. Ob. Cit. p. 423.

²² Ibidem.

prescinden de la ley, la ley no está interesada en ellos), dijo Napoleón, reconociendo su propia calidad de concubino²³.

EL Código Napoleón guardó silencio sobre el concubinato, con lo que inició la orientación predominante en la codificación moderna, que al considerarlo una situación contraria a la moral tendió a privarlo de efectos jurídicos.

La única referencia al concubinato introducida en el código francés se halla en el art. 340, a partir de la redacción dada por la ley del 16 de noviembre de 1912, que, permite la investigación de la paternidad natural —entre otros casos— cuando en la época de la concepción hubo concubinato notorio entre la madre y el supuesto padre.

El silencio guardado por el código francés podía impedir que se planteasen judicialmente cuestiones sobre aspectos diversos de las consecuencias jurídicas de la unión de hecho, que debieran ser solucionadas por la doctrina y la jurisprudencia, partiendo de la base de que se trata de una situación inmoral²⁴.

Es así que en Francia, la jurisprudencia suele admitir la procedencia de la acción por resarcimiento a favor de la concubina —con exclusión del daño moral—, con marcada disidencia de la doctrina en la generalidad de los casos; acepta las donaciones entre concubinarios, en tanto no se vinculen a las relaciones sexuales mismas, les acuerda y concede el derecho de acción, y juzga con amplitud los derechos que pueda hacer valer la concubina en la disolución de una sociedad de hecho por muerte del concubinario o de otra manera²⁵.

5.- Derecho Alemán. El derecho Moderno muestra aún ciertos vestigios del derecho antiguo en materia de concubinato. A título de ejemplo. Cabe mencionar que en Alemania admitió esta figura la Ley de 1875, aunque

²³ Varsi Rospigliosi, Enrique. Ob. Cit. Pag. 376.

²⁴ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. p. 224.

²⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit. Pag. 619.

restringiéndola a los individuos de las casas soberanas; y que el Código de Guillermo del año 1900 la rechaza dejando, sin embargo, a salvo los efectos de la autonomía reservada a ciertas familias²⁶.

6.- derecho Canónico²⁷.- El cristianismo primitivo se vio obligado a reconocer el concubinato, como institución legal que era, pero trató de mantener la unión de los concubinos. Así. San Agustín admitió el bautismo de la concubina con tal que se obligara a no dejar a su compañero; San Hipólito negaba el matrimonio a quien lo solicitase para abandonar a su concubina, salvo que esta lo hubiese engañado; y el Primer Concilio de Toledo, celebrado en el año 400, autorizó el concubinato con la condición de que tuviese el mismo carácter de perpetuidad que el matrimonio, opinión que en el siglo VII mantuvo Isidoro de Sevilla. Pero admitido el dogma del matrimonio-sacramento e impuesta la forma pública de celebración, esa posición no podía subsistir; el Concilio de Trento dispuso que incurrieran en excomunión los concubinos que no se separasen a la tercera advertencia.

El actualmente vigente Código de Derecho Canónico mantiene el impedimento matrimonial dirimente de pública honestidad fundado en el concubinato público o notorio, entre uno de los concubinos y los parientes del otro en el primer y el segundo grado de la línea recta (canon 1078). Por otra parte, excluye de los actos eclesiásticos a los seglares que vivan públicamente en concubinato, hasta que den señales de verdadero arrepentimiento (canon 2357).

En el derecho canónico se desconoce todo efecto al concubinato, (excepto respecto de los hijos a los que mejora en su situación en relación con el padre) y se le declara pecaminoso. Para este derecho, sólo producía efectos la unión celebrada ante la iglesia²⁸.

²⁶Cornejo Fava, María Teresa. Matrimonio y Familia. Edit. 1ª edición. Tercer Milenio S.A. Lima-Perú. 2000. p. 534.

²⁷ Belluscio, Augusto César. Ob. Cit. p. 424.

²⁸ Baquero Rojas, Edgard y Buenrostro Baez, Rosalia. Derecho de Familia y Sucesiones. Harla-México. p. 121.

Asimismo, en el Derecho germano las uniones libres estaban permitidas solamente para libres y esclavos, pero luego sustituida por el matrimonio de mano izquierdo o morganático, por el cual, la mujer plebeya no participaba de los títulos ni rango social del marido. Los hijos mantenían la condición de la madre sin heredar al padre²⁹.

Durante la vigencia del Derecho medieval subsistieron las uniones de hecho a pesar de la creciente oposición del cristianismo. En el Derecho español –refiere Escriche-citado por el autor: existió tres clases de enlaces: a) El matrimonio de bendiciones que era público y notorio, celebrado con todas las formalidades de la ley canónica. b) El de yuras o juramentado, que siendo legal era clandestino; y. c) La barraganía, que era en si el concubinato basado en la compañía, la permanencia y la fidelidad³⁰.

7.- En Sudamérica, especialmente en el Virreinato del Rio de la Plata, se aplicó el derecho castellano, integrado principalmente, por el *Fuero Juzgo*, en el *Fuero Real*, las *Siete Partidas de Alonso el Sabio*, las *Leyes de Toro*, la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla* y la *Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla*, y también las normas canónicas dictadas por el Concilio de Trento³¹.

Hoy en día, La legislación chilena contempla la existencia de una sociedad expresamente pactada por los concubinos. La brasileña equipara la concubina a la esposa para los efectos de las obligaciones resultantes de accidentes de transito. La colombiana y argentina ignoran el concubinato, aunque la jurisprudencia ha ido elaborando una serie de medidas tendientes a llenar ese vacio. También en la legislación boliviana se aceptan las uniones libres; en la cubana se admiten dos tipos de matrimonio: el registrado que puede celebrarse en la municipalidad y ante notario y, el matrimonio judicialmente declarado, cuando reúne los requisitos de singularidad y estabilidad (unión concubinaria); por último, en la legislación mejicana, se le

²⁹ Peralta Andía. Javier Rolando. Ob. Cit. p. 116.

³⁰ Ibidem.

³¹ Azpiri, Jorge O. Uniones de hecho. Hammurabi. José Luís De palma-Editor. 2003. p. 39.

reconoce con ciertas limitaciones el derecho alimentario y también el hereditario³².

2.2.- TERMINOLOGÍA UTILIZADA³³.

La convivencia de una pareja que decide fundar una familia al margen del matrimonio ha sido calificada con diversos términos. Algunos describen con sentido peyorativo la comunidad de vida que desarrolla la pareja, que no desea pasar por las formalidades que el matrimonio conlleva: otros, califican a esta unión afectiva empleando la palabra matrimonio pero con negación –no casada, no matrimonial–; otros calificativos, quieren reflejar la ausencia de formalidad en la situación –de hecho, libre– que es una de las principales características de este modelo familiar.

Estas uniones de hecho han presentado formas y denominaciones variadas, dependiendo de la cultura donde se presenten, pero con la característica común de ser uniones sexuales permanentes diversas al matrimonio, a las cuales sólo han faltado las formalidades establecidas por la ley³⁴.

En roma, las uniones no matrimoniales fueron descritas socialmente como concubinatos, contubernios o estupro, aunque jurídicamente no se establecía entre ellas ninguna diferencia, salvo para el estupro, sancionado por las leyes penales. Y se calificaba a la concubina de “*pellicex*” o “*amica*”, empleándose el término “*pellex*” a quien tenía relaciones con un casado.

Por su parte, Baqueiro Rojas³⁵. Señala que la denominación concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que por falta del *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*.

³² Peralta Andía. Javier Rolando. Ob. Cit. p.117.

³³ Mesa Marrero, Carolina: Las Uniones de Hecho. Aranzandi-Editorial. Pag. 32

³⁴ Enciclopedia Jurídica Latinoamericana. T. II. Rubinzal – Culzoni Editores. 2006. Pag. 519.

³⁵ Baqueiro Rojas, Edhgard y Buenrostro Baez, Rosalia.Ob. Cit. p. 121.

En España, durante los siglos X y XI, se emplearon en el Código de Tortosa los términos “drut” y “druda” para designar a los concubinarios.

Durante la Edad Media española, el término más empleado fue el de “barraganía”, y se calificaba a la mujer que vivía con un hombre en ese estado, de “barragana”.

Actualmente en España; denominados parejas de hecho que constituyen la proclamación de la subjetividad en pareja. Si bien el sentimiento pasajero se supera con el vínculo definitivo, ésta situación no es factible entre las parejas de hecho. “Se aprecia una especie de certidumbre frente al futuro, un rechazo a comprometerse, un deseo de recobrar más fácilmente la independencia: es en este sentido como se puede interpretar el desarrollo de la cohabitación no sancionada por un vínculo legal³⁶”

En Francia, la doctrina y jurisprudencia prefieren el nombre “unión libre”, nombre que se explica por cuanto las partes son libres para iniciar la relación y para ponerle término³⁷.

En Chile, Fernando Fueyo usan la expresión “unión marital de hecho”³⁸, que como dice un autor, “sería más expresiva de la real situación de vida que se produce entre los que conviven y que trasciende la mera vinculación sexual que sugiere la denominación concubinato.

La legislación boliviana vigente utiliza la terminología “unión conyugal de hecho”.

Entre los calificativos más empleados destacan entre otros los siguientes: concubinato, matrimonio de hecho, convivencia “more uxorio”, uniones extramatrimoniales, familia de hecho, unión o pareja paramatrimonial y parejas de hecho.

³⁶ Burgeiere, A. (et. al.), *Historia de la familia II*, Madrid: Alianza 1988, p. 544

³⁷ Ramos Pazos, René. Derecho de Familia. Editorial Jurídica de Chile. Pag. 718.

³⁸ Ramos Pazos, René. Ob. Cit. Pag. 718.

En conclusión tomando como referencia la legislación comparada, se denomina:

En Italia la legislación lo denomina ***familia de hecho***, mientras que en Francia se mantiene la expresión ***concubinato***, en Panamá se alude a ***matrimonio de hecho***, en Bolivia se utiliza la expresión ***unión conyugal de hecho***, en Guatemala ***unión de hecho***, en el Salvador ***unión no matrimonial***, en Brasil ***unión estable***, en Puerto Rico se denomina ***concubinato a la unión sin impedimentos matrimoniales y queridato*** a los casos en los que no es posible celebrar las nupcias, con lo que la variedad de denominaciones pone en evidencia las dificultades que presenta este aspecto de la cuestión³⁹.

En mi opinión, inclinándome a nuestra legislación vigente, es mas conveniente denominarlo unión de hecho, a lo que en el lenguaje común se llama concubinato propio o convivencia.

2.3.- ETIMOLOGÍA, DELIMITACIÓN Y CONCEPTO DE LA UNIÓN DE HECHO.

2.3.1.- Etimología.

Etimológicamente concubinato deriva del latín concubere, cum (con) cubare (dormir)⁴⁰. Literalmente significa acostarse con, dormir junto a, yacer juntos. La palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es, así, una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre. Diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico, el concubinato aparece o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas que lo consideran con reciente timidez, o también con definitiva y tajante eficacia jurídica. Esta diversidad de juicio parece consustancia con el concubinato,

³⁹ Azpiri, Jorge O. Uniones de Hecho. Ob. Cit. p.25

⁴⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique. Ob. Cit. Pag. 385.

pues, considerado desde los momentos iniciales de su desarrollo, hasta ahora, la latitud en que se aprecia confina siempre con posturas extremas que van desde la repulsa, que le niega toda posibilidad de ingreso al orden jurídico, hasta las que lo acogen para acordarle un reconocimiento que tiene las apariencias de una rehabilitación. Se le juzga, a veces, como postergado o como padeciendo los efectos de una fuerza inhibente, en tanto golpea a las puertas del pretorio como realidad viva, en demanda del reconocimiento de su urgencia social y de una virtualidad jurídica que el comedimento de la buena técnica está predispuesto a dispensarle. Pero siempre la militancia oscila entre términos extremos. Las posiciones se apoyan, no obstante, casi en un mismo fundamento; la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia o la ilicitud de su conformación invocan, como más alta razón, la moral lesionada. Quienes propugnan su defensa entienden, en cambio, que es inmoral desconocer validez a las obligaciones o acción a los derechos que sean la consecuencia del concubinato, aun de modo indirecto, y que se sirva de esta manera a intereses que a su vez serían ilegítimos, se hace, en fin, en nombre de la moral, una salvedad que aparece casi unánimemente admitida; en la obligación vinculada de algún modo al concubinato, para tener acción, no puede estar en juego el *pretium stupri*⁴¹.

Etimológicamente, la voz concubinato proviene del latín “concubinatus”, de cum (con) y cubare (acostarse). Federico Puig Peña lo define como “la unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo⁴²”

2.3.2- Delimitación.

El concubinato denominado unión de hecho en nuestra legislación, es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal, ha conseguido mantenerse sin ninguna o escasa protección jurídica tan sólo por que tiene raíces sustancialmente naturales. Esta comunidad es frágil en razón

⁴¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. p. 616.

⁴² Ramos Pazos. René. Ob. Cit. p. 714.

de estar sujeta a la voluntad de cada uno. Lo inminente es su ruptura, donde los sujetos que soportan las consecuencias y muchas veces el despojo patrimonial son la mujer y los hijos⁴³.

De los textos constitucionales y civiles pareciera que el legislador tuvo en mente proteger la unión de hecho sin impedimento para contraer matrimonio. Y lo dice expresamente el pre citado art. 326. En tal virtud, no sería conveniente mantener la palabra “concubinato” en los comentarios, ni en los textos legales, como el art. 402 inc. 3. Referido a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, porque en este caso puede darse el hecho que fueron progenitores quienes estuvieron impedidos de contraer matrimonio entre sí o también quienes no estuvieron impedidos de hacerlo; y los adjetivos deben ser genéricos para ambos casos, no excluyentes⁴⁴.

Uniones de hecho, parejas no casadas o cohabitación sin matrimonio, son expresiones que se refieren a una realidad que ha existido siempre, pero que en la actualidad tiene especial importancia. Jurídicamente relevante es la unión estable de parejas que se exterioriza socialmente como un grupo familiar. La estabilidad de las relaciones entre hombre y mujer responde a un interés social, sobre todo cuando existen hijos de la unión⁴⁵.

Desde mi punto de vista, debo exponer, que la unión de hecho, denominado concubinato propio o concubinato perfecto por la doctrina jurídica, es una institución regulada por la constitución política vigente del año 1993 en su artículo 5º y en el Código Civil de 1984 en su artículo 326, protegida para ejercer sus derechos en cuanto les corresponda, institución ubicada dentro del Derecho Familiar y dentro de la sociología jurídica.

⁴³ Peralta Andia, Javier Rolando. Ob. Cit. p. 116.

⁴⁴ Meza Ingar, Carmen. Ideas para un Código de Familia. Registros de derecho de autor. N° 1143. Primera Edición 1990. p.24

⁴⁵ Puig Brutau, José. Compendio de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia-Derecho de sucesiones. Bosch. Barcelona. p. 27.

2.3.3.- Concepto.

Cornejo Chávez ⁴⁶distingue dos acepciones de la palabra concubinato; una amplia y una restringida.

La unión de hecho ó concubinato propio.- Puede ser conceptuada en dos sentidos, uno amplio y el otro restringido.

1º El concubinato en sentido amplio, (unión de hecho) puede darse entre personas libres o atadas por vínculo matrimonial con distinta persona, o tengan impedimento para legalizar su unión o no lo tengan, sea dicha unión ostensible o no lo sea; pero siempre que exista un cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación. Quedan en consecuencia, excluidos del concubinato, la unión sexual esporádica y el libre comercio carnal.

2º El concubinato en sentido restringido, puede conceptuarse como “la convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio, en donde se infiere que no se considera incluida la relación esporádica y el libre comercio carnal y la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio.

La libre convivencia entre un hombre y una mujer constituye uno de los modos de relación individual plenamente aceptado hoy día por la sociedad – aunque exista alguna resistencia de orden moral –, que exige un mínimo de organización jurídica. Como señalaba el profesor Castan⁴⁷, no deja de ser grave el problema de si el derecho ha de desentenderse por completo de las uniones libres.

⁴⁶ Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial. Amparo Familiar del Incapaz. Ediciones Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L. 1999. p. 63.

⁴⁷ Blanco Pérez- Rubio Lourdes. Parejas no casadas y pensión de viudedad.. Estudios Civil Trivium. 1992. Pag. 92.

Para Yolanda Vásquez, el código Civil define dos clases de concubinato:

1. **Concubinato Propio.** El artículo 326 dice que. “la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...”.
2. **Concubinato impropio.** De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 402, inciso 3º, prescribe que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí hacen vida de tales.

Así mismo se puede verificar claramente el último párrafo del artículo 326 expone claramente cuando estamos frente a un concubinato impropio, es decir aquellas personas que hacen vida en común teniendo impedimento matrimonial, como lo es un casado con una soltera.

Vásquez sostiene que el primero tiene los efectos jurídicos de una sociedad de bienes y, el segundo, la acción de enriquecimiento indevido⁴⁸.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, La palabra concubinato alude, etimológicamente, a la comunidad de lecho. Es, así, una voz que sugiere una modalidad de lecho. Es, así, una voz que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre. Diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico, el concubinato aparece o repudiado enérgicamente o admitido con alternativas que lo consideran con reticente timidez, o también, con definitiva y tajante eficacia jurídica. Esta diversidad de juicio parece consustancial con el concubinato, pues, considerado desde los momentos iniciales de su

⁴⁸ Vásquez García, Yolanda. Derecho de la Familia. Teórico-Práctico. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima Editorial RODHAS y editado por Editorial Huallaga, 1988. pp. 187-188.

desarrollo, hasta ahora, la latitud en que se le aprecia confirma siempre con posturas extremas que van desde la repulsa, que le niega toda posibilidad de ingreso al orden jurídico, hasta las que lo acogen para acordarle un reconocimiento que tiene las apariencias de una rehabilitación⁴⁹.

Según el Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, “El concubinato” es la relación o trato de un hombre con su concubina. La vida marital de ésta con aquél. Estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído matrimonio ninguna especie de matrimonio, ni canónico ni civil⁵⁰.

Según la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana⁵¹, “concubinato” (Del latín concubinatus, comunicación o trato de un hombre con su concubina). Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos.

Si bien es cierto que la institución matrimonial es común a la mayoría de las sociedades, también lo es que existen en múltiples culturas uniones de hecho entre parejas que aún cuando tienen aptitud para casarse, no cumplen con las formalidades del matrimonio.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁵² dice que “concubina” es “Manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido”.

Según el texto denominado Derecho Civil Definiciones, “concubinato” es la unión libre entre hombre y mujer sin las formalidades del casamiento (Aguilar) (p.446) (48). Es la unión de un hombre y de una mujer

⁴⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. Cit. Pag. 616.

⁵⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliasta. Pag. 261.

⁵¹ Enciclopedia Jurídica Latinoamericana. Ob. Cit. Pag. 518.

⁵² Google español. Libros.

que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común (Manuel Somarriva Undurraga) (p.169) (170). Concubinato o amancebamiento es la situación que se produce entre dos personas por haber hecho vida en común sin estar ligados por vínculo matrimonial 8sentencia de los tribunales chilenos, publicada en la “Revista de Derecho y Jurisprudencia” tomo LIV, sección primera, p. 73) (p.169) (170)⁵³.

Según el Código de Familia de la República de Cuba⁵⁴, “la unión de hecho” denominado Matrimonio no formalizado, definida en su Artículo 18. La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, sufrirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente.

Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión.

Según el Código de Familia de la República de Panamá⁵⁵, “la unión de hecho” denominado Matrimonio de Hecho, definida en su artículo 53. La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

Según el Código de Familia de la República de el Salvador⁵⁶, “la unión de hecho” denominado unión no matrimonial, definida en su Art. 118.- La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre

⁵³ Citado por Vásquez Olivera, Salvador. Derecho Civil – Definiciones. Palestra Editores. Lima – 2000. Pag. 118.

⁵⁴ Código de Familia de la República de Cuba. Ley N°. 1289.

⁵⁵ Código de Familia de la República de Panamá. Ley N°. 3. Del 17 de mayo de 1994.

⁵⁶ Código de Familia de la República de el Salvador. D.Leg. N°. 677. Del 11 de octubre de 1993.

sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.

Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Asimismo gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el período de convivencia.

Según el Código de Familia de la República de Costa Rica⁵⁷, “la unión de hecho”, define el artículo 242.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

(Así adicionado por el artículo 1 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995) (Así modificada su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó de 229 al 242).

Expone Mesa Marrero a manera de introducción en su obra citada, al exponer sobre la unión de hecho⁵⁸. Nos dice para que la situación de vida en común que desarrollan muchas parejas al margen del matrimonio pueda producir efectos jurídicos, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, de modo que podamos considerar que se trata de una verdadera convivencia “more uxorio”; en cuyo caso, debe ser tenida en cuenta por el Derecho.

Resulta fundamental, en primer lugar, delimitar que tipo de relaciones pueden calificarse como uniones de hecho. Si con esta expresión nos referimos a cualquier tipo de relación extramatrimonial o, si por el contrario,

⁵⁷ Código de Familia de la República de Costa Rica. adicionado por el artículo 1 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995.

⁵⁸ Mesa Marrero, Carolina. Ob. Cit. pp. 35-36.

sólo incluimos aquellas relaciones que cumplan ciertos requisitos imprescindibles para el reconocimiento de los efectos jurídicos de su unión.

De los diversos estudios que sobre este tema se han realizado, e incluso de la regulación que en otras épocas han tenido las uniones de hecho, se desprende que no cualquier relación extramatrimonial es merecedora de reconocimiento jurídico.

Baqueiro Rojas, y Buenrostro Báez⁵⁹. Definen a la unión de hecho o concubinato, como la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.

Serrano Alonso, por su parte define, las uniones extramatrimoniales son las que un hombre y una mujer (o dos hombres o dos mujeres), conviven de forma idéntica a como lo hacen las parejas casadas, sin haber contraído matrimonio. Deben contar como requisitos como un modelo de vida *more uxorio* (como el que acostumbran a llevar los cónyuges), cumpliendo voluntariamente los deberes matrimoniales, una comunidad duradera que acredite la estabilidad (un número mínimo de años ininterrumpidos; mayoría de edad de los convivientes; no debe existir parentesco entre los compañeros; debe existir un *affectio* (un amor), en la que debe encontrarse la base de todos los otros requisitos y la ausencia de toda formalidad, traducida en el rechazo, la inconveniencia o la imposibilidad de contraer matrimonio⁶⁰.

Por su parte Vigil Curo⁶¹, dice que el concubinato denominado amancebamiento, no viene a ser sino la cohabitación de un hombre con una mujer fuera del matrimonio, pero con fines muy parecidos a éstos, es decir llevar una vida en común, tener hijos.

⁵⁹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalia. Ob. Cit. p. 121.

⁶⁰ Serrano Alonso, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Madrid: EDIFOSER S.L. 2000. pp 161-169.

⁶¹ Vigil Curo, Clotilde Cristina. "Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano" Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. pp. 153-154.

Para Sánchez; el concubinato presupone relaciones sexuales fuera del matrimonio de personas libres de matrimonio, pero cuyas relaciones tienen un cierto carácter de duración, de estabilidad: viven ante la sociedad como esposos. No existen ningunas relaciones pecuniarias que deriven del concubinato. Únicamente el concubino en su testamento debe dejar alimentos a la concubina con quien vivió los últimos 5 años que precedieron a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes⁶².

La noción conceptual vista desde un ámbito moral, religioso y legal, las uniones de hecho, ***“Son aquellas relaciones extramatrimoniales realizadas de manera voluntaria entre un varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, para efectos de hacer vida marital, cumpliendo algunos deberes y derechos del matrimonio”***⁶³, como por ejemplo la unión de hecho llevadas a cabo entre un varón soltero con mujer divorciada o un varón viudo con una mujer divorciada entre otros supuestos.

Debo manifestar que hoy en día, la unión de hecho vista en forma extensiva en el derecho comparado moderno es denominada unión libre extramatrimonial, ya que no sólo abarca a la unión de hecho propiamente dicha (concubinato propio), sino a la unión impropia, sea de uniones de personas con impedimento matrimonial (concubinato impropio), como también de uniones homosexuales reguladas legalmente en las legislaciones comparadas, aclarando que la presente investigación sólo es referente al concubinato propio, denominada unión de hecho en el código civil peruano y en nuestra carta magna del año 1979 y 1993.

Para el tesista. La unión de hecho, es la unión extramatrimonial libre realizada por un varón y mujer libres de impedimento matrimonial con deberes y derechos similares al matrimonio.

⁶² Sánchez- Cordero Dávila. Introducción al Derecho Mexicano-Derecho Civil. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. Pag. 116.

⁶³ Noción conceptual efectuada por el investigador.

2.4.- NATURALEZA JURÍDICA

Las nociones conceptuales desarrolladas por los juristas, nos lleva a entender que la unión de hecho, es una relación fáctica, que tiene una finalidad familiar, ya que según el Art. 5 de la constitución política del Perú vigente desde el año 1993, establece que: *“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”, **llegando a una conclusión diremos que es un hecho jurídico familiar sui generis.***

El concubinato propio es **un hecho jurídico**, debido a que pueden derivar consecuencias jurídicas de él. Es **un hecho jurídico lícito**, debido a que no está prohibido por la ley.

Mientras que en algunas legislaciones comparadas, analizadas las mismas, nos lleva entender que la unión de hecho, es un *Acto Jurídico* que tiene como finalidad generadora de una relación familiar. Es un acto jurídico, porque según algunas normas extranjeras nos dice que se origina por la voluntad de ambos concubinos, entonces se entiende que, esta se da por mutuo acuerdo y no por un hecho ajeno a las partes.

Según estudios realizados citando a varios autores, Varsi Rospigliosi⁶⁴, manifiesta que. La naturaleza jurídica de la unión de hecho se clasifica en las siguientes teorías:

a) Teoría institucionalista

Si consideramos que la teoría del matrimonio institución es la más aceptada, a la unión estable le correspondería naturaleza jurídica similar, en razón de que esta unión es un acuerdo libre de voluntades y cumple con los elementos propios del matrimonio,

⁶⁴ Varsi Rospigliosi. Enrique. Ob. Cit. Pag. 386-387.

como son los deberes de fidelidad y asistencia, deberes y obligaciones frente a sus hijos y a terceros, generando consecuencias jurídicas.

Si la familia es la institución encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales, la unión estable, por ser una de sus células creadoras, merece igual reconocimiento.

b) Teoría contractualista

La unión estable se presenta como una relación exclusivamente contractual, en la que los compañeros componen sus relaciones en base a criterios económicos.

Al igual que en el caso matrimonio, que al acuerdo de voluntades entre los convivientes no puede atribuírsele los elementos propios de un contrato, puesto que la unión estable carece de contenido patrimonial. En la unión libre sus integrantes se deben auxilio y ayuda mutua, lo que es una consecuencia derivada de la misma convivencia y no el objetivo de esta.

c) Teoría del acto jurídico familiar

La unión estable es un acto jurídico familiar en el que se pone especial relieve la voluntad de los compañeros en generar relaciones familiares, el Tribunal Constitucional ha señalado que se “está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo.

Adhiriéndome a esta teoría, debo manifestar, que la naturaleza jurídica de la unión de hecho en el Derecho peruano, es un acto jurídico familiar sui generis, que cumplan con elementos establecidos en el artículo 140 de Código Civil peruano y con

elementos propios establecidos en el libro de familia regulados como impedimentos del matrimonio.

2.5.- CLASIFICACIÓN⁶⁵

El concubinato, denominado hoy como unión marital de hecho, ha sido tradicionalmente considerado, como ya se ha analizado, como la unión de hecho entre personas solteras que pueden casarse cuando así lo acordaran por no impedírsele el derecho.

Sin embargo, esta concepción tradicional fue modificada en el sentido de entender también como concubinato lo que antiguamente se denominaba amancebamiento, vale decir, la unión de hecho entre personas no aptas jurídicamente para contraer matrimonio.

Consecuentemente la doctrina involucró dentro de la noción de concubinato o unión marital de hecho la de amancebamiento.

La unión marital de hecho hoy en día se presenta bajo varias modalidades: unión de tipo adulterino que es aquella en que uno o ambos concubinos o compañeros viven juntos pero permanecen con vínculo matrimonial vigente, lo que les permitiría regresar en cualquier momento al hogar originado en el matrimonio. Los hijos de estas uniones se denominaban adulterinos; hoy en día son naturales o extramatrimoniales.

Se ha denominado concubinato a la unión marital de hecho simple, aquella que se da entre solteros, **viudos o divorciados** que pueden contraer matrimonio cuando así lo convengan. Sus hijos son naturales o simplemente extramatrimoniales.

Por último, la unión de hecho entre parientes en grado prohibido se le denomina incesto por mediar entre quienes mantienen una relación.

⁶⁵ Suarez Franco, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I. Octava edición. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 2001. pp. 436-437.

Los hijos de estas uniones, se denominaron incestuosas; hoy en día son simplemente naturales o extramatrimoniales.

Concubinato sanción.- El concubinato sanción es aquel donde uno o ambos integrantes de la pareja de concubinos, con posesión de estado matrimonial, tienen ligamen anterior⁶⁶.

2.6.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LA UNIÓN DE HECHO.

En la doctrina del Derecho Familiar encontramos a dos requisitos esenciales para la procedencia de la unión de hecho contemplada en el artículo 9º de la constitución política del año 1993 y en el artículo 326º del código civil vigente, y estos son:

1.- Requisitos objetivos.

a).- Convivencia “more uxorio”.

Se considera imprescindible este elemento para reconocer efectos jurídicos a las parejas de hecho. La convivencia “more uxorio” supone que la vida en común de la pareja se identifique con la vida matrimonial, es decir, que los convivientes se comporten en sus relaciones personales y sociales como si estuviesen casados; en suma, se requiere que la relación afectiva que les une sea análoga a la conyugal.

b).- Desarrollo de la vida en común en el mismo domicilio.

Con carácter general, se afirma que no es posible una unión de hecho sin convivencia. La vida en común bajo el mismo techo supone la primera condición para que la unión de hecho se diferencie de otro tipo de relaciones extramatrimoniales.

⁶⁶ Borgonovo, Oscar. El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia. Hammurabi. Buenos Aires. p. 35.

Por tanto, la convivencia implica el compartir día a día todas las vicisitudes que se presentan en el hogar familiar; y si falta este elemento la unión deja de tener uno de los requisitos necesarios que deben concurrir para que la relación merezca protección por el Derecho.

c).- Relación estable y notoria.

La comunidad de vida desarrollada por los convivientes debe ser estable y notoria. El requisito de la estabilidad se suele valorar exigiendo un periodo de convivencia. Se considera fundamental el aspecto temporal en la unión, ya que estableciendo un plazo determinado se podrá demostrar la seriedad del compromiso. Las legislaciones que reconocen a las uniones de hecho, contemplan la duración de la relación como la mejor forma de juzgar su estabilidad.

d).- Cumplimiento voluntario de los deberes.

La mayoría de las parejas que mantienen una relación de hecho estable cumplen voluntariamente estos deberes matrimoniales, es decir, se respetan, viven juntos, se ayudan y se guardan fidelidad, lo que demuestra la seriedad y solidez de la comunidad de vida que desarrolla.

e).- Ausencia de formalidad.

Una de las diferencias básicas que distingue la unión de hecho del matrimonio es la ausencia de cualquier formalidad o solemnidad al iniciar la convivencia.

Estamos ante una situación que se crea por la voluntad de la pareja que decide iniciar un proyecto de vida en común, pero a diferencia del matrimonio a los convivientes no les une un acto solemne.

2.- Requisitos subjetivos.

a) Pareja heterosexual

En la mayoría de los estudios publicados acerca de la unión de hecho se destaca entre los presupuestos exigibles para reconocerle efectos jurídicos, el requisito de la diferencia de sexo. Considerando la semejanza entre las parejas de hecho y las matrimoniales, y puesto que la ley sólo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer, algunos autores afirman que la unión de hecho es sólo la integrada por hombre y mujer.

Unión monogámica. Aplicada tanto al matrimonio como a la unión de hecho, al respecto expone De Ibarrola⁶⁷.

Un hombre, una mujer. El régimen monógamo es el único que asegura al matrimonio a la plena realización de su fin. Es el indicado por la naturaleza que trae al mundo casi el mismo número de hombres que de mujeres. Es el único que asegura la unión más estrecha posible, unión de toda la vida, del hombre y de la mujer, unión que establece entre ellos una solidaridad completa y asegura la igualdad fundamental a que la mujer tiene derecho lo mismo que el hombre. Es el único capaz de formar una entidad moral verdadera en orden a la educación de los hijos.

El régimen no monógamo más usual es la poligamia o poliginia, que permite al hombre tener varias mujeres. En la mayoría de los pueblos que permiten la poligamia, ésta de hecho se practica muy poco, es un lujo de príncipes (LE, 70 y ss.). Recordemos el ficticio, pero elocuente episodio que nos narra Julio Verne en La vuelta al mundo en ochenta días. Una vez que Phileas Fogg hubo agotado todos sus argumentos en contra de un mormón, acérrimo partidario de la poligamia, le pregunta cuantas esposas tiene. ¡Dios mío, señor, una sola... y ya no puedo con ella.

⁶⁷ De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. p. 205.

b) Relaciones sexuales.

La existencia de una unión de hecho comporta la existencia de relaciones sexuales entre sus miembros. Si la pareja decide convivir por el efecto y sentimientos que sienten, es obvio que se requiera la existencia de relaciones carnales. En este sentido, es conocida la frase de Rodiere⁶⁸: “hay matrimonios blancos, pero no concubinos blancos.

c) La” affectio”.

Este requisito implica el afecto mutuo entre los convivientes, el cariño y la amistad existente entre ellos. De este elemento devienen todos los demás requisitos presentes en una unión de hecho. Consiste en la causa primera que motiva la convivencia extramatrimonial y, como tal, los demás presupuestos analizados son realmente consecuencias de la “affectio” que ha unido a los convivientes.

⁶⁸ Citado por Mesa Marrero. Carolina. Ob. Cit. p. 45.

CAPITULO III

CAUSAS QUE DAN ORIGEN LA EXISTENCIA DE LAS UNIONES DE HECHO.

La existencia y proliferación de las uniones de hecho es una realidad incuestionable en la sociedad de los últimos años. Los factores que han podido influir en esta expansión de las uniones no matrimoniales responden a distintas razones. Estas pueden ser debidas a la existencia de impedimentos por los que las parejas no puedan contraer matrimonio; o también, podemos encontrarnos con causas económicas o culturales que hacen más viable la unión sin contraer matrimonio. En la mayoría de los casos, los convivientes han decidido libremente el compartir su vida en común sin atenerse a las formalidades del matrimonio, por el rechazo claro a la solemnidad que éste supone⁶⁹.

En cada país, y según la circunstancia histórica por lo que atraviesa, puede sostenerse que prevalecen distintas causas para el aumento de las uniones concubinarias. Así, p. ej., en los países latinoamericanos, el desarrollo del concubinato admite como causas, fundamentalmente, el factor económico, que inclina a vastos sectores de la sociedad, de escasos recursos, a apartarse del establecimiento de una relación que crea cargas y obligaciones de origen legal; también el factor cultural, ya que en muchos casos, como puede observarse en Bolivia, e incluso en el norte argentino, antiguas tradiciones indígenas son el origen de una convivencia permanente entre hombre y mujer, sin incluir la celebración del matrimonio⁷⁰.

3.1.- Causas sociales.

Entre determinados grupos sociales, han existido impedimentos que obstaculizaban la celebración de un matrimonio, como sucedía en España con

⁶⁹ Mesa Marrero, Carolina. Ob. Cit. p. 28.

⁷⁰ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 5ª edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2003. p. 425

las normas dispuestas para los militares y diplomáticos, que requerían la licencia de sus superiores para contraer matrimonio, pues en caso de no obtenerla se les podía sancionar con la separación del servicio. La negativa a la concesión de dicha licencia podía motivar que las personas dedicadas a estas profesiones optaran por una convivencia extramatrimonial⁷¹.

En otros supuestos, la celebración de matrimonios a los que no se les reconocen efectos civiles, constituyen uniones de hecho. Por ello, aquellos matrimonios celebrados según la forma peculiar de un determinado grupo religioso o social, han sido considerados en muchos ordenamientos, como concubinato o unión libre al no tener reconocidos efectos jurídicos civiles⁷².

Debo manifestar que, debido a la desigualdad social que existe en nuestro país, es una forma de contribución a las constituciones de hecho, como por ejemplo en las zonas andinas por razones sociales optan por el servinacuy o matrimonio a prueba.

3.1.1.- Parejas no casadas valoración social⁷³

La convivencia al modo matrimonial de dos personas del mismo sexo o distinto sexo, reviste hoy en día una importante singularidad. En estos últimos años, el número de matrimonios disminuye constantemente y de forma paralela, las parejas de hecho se multiplican en gran medida, dato éste que no resulta difícil de constatar. Así la convivencia “more uxorio” supone unos casos, una alternativa al matrimonio, y en otros, una preparación al mismo que se contempla como la culminación de una convivencia satisfactoria.

Actualmente, aunque estas uniones de hecho ya no son objeto de reproche, toda vez que se encuentran plenamente reconocidas y aceptadas por la sociedad, no siempre ha sido así. Hasta hace unas décadas, eran consideradas como “anormales” por la opinión, desaprobadas de hecho, eran

⁷¹ Mesa Marrero, Carolina. Ob. Cit. p. 29.

⁷² Ibidem.

⁷³ Pérez Vallejo, Ana María. Colección Jurídica de Derecho Privado-Sistema de Derecho Civil Derecho de Familia-Las parejas no casadas. Dykinson pp. 41-42

toleradas como una manifestación con carácter excepcional. Como ha dicho Moreno Quesada⁷⁴ “el que las parejas puedan convivir “more uxorio”, con determinados efectos jurídicos, es un hecho que está reconocido, pero que lo es después de un difícil proceso de implantación, cuya circunstancia, reconocía formalmente por el Tribunal Supremo, trasciende a resultados prácticos a la hora de las interpretaciones que se formulan a propósito de las cuestiones suscitadas en torno a ella”. Y es que el hecho de que el matrimonio ya no sea reconocido como única institución legítima para fundar una familia, no ofrece dudas, pero ciertamente, sí crea dificultades jurídicas.

Nos encontramos pues ante un fenómeno de “no Derecho”, en unas relaciones familiares que, por regla general, estarían llamadas a ser reguladas por el Derecho de familia. En este sentido, son ilustrativas las explicaciones de Carbonier⁷⁵ cuando señala que “hay ocasiones en que los interesados se han instalado desde el principio en la situación de hecho (han iniciado un concubinato, donde hubiera habido que esperar un matrimonio); pero, en todo caso la situación que le ha colocado fuera del derecho, en el punto de partida de los acontecimientos, ha sido tomada voluntariamente”. En consecuencia, hay que entender que en estos casos, la situación de hecho no viene referida a una previa situación de derecho, sino que es una situación de hecho originaria y como tal, es lógico analizarla como un auténtico fenómeno de no-derecho.

Desde mi punto de vista, en el Perú las parejas no casadas, sólo se clasifican jurídicamente en dos grupos, el primero en las uniones de hecho ó concubinato propio (libres de impedimento matrimonial) protegidas por la constitución política del estado y el código civil, y el segundo en las denominadas uniones de hecho impropio reguladas en el último párrafo del artículo 326º del código civil (con impedimento matrimonial). Dentro de las parejas no casadas **jurídicamente no reconocidas** en la legislación nacional tenemos a un tercer grupo que están constituidas por las uniones no

⁷⁴ Citado por Perez Vallejo, Ana María. Ob. Cit. p. 41

⁷⁵ Ibidem. p. 42.

matrimoniales de personas del mismo sexo (homosexual), protegidas legalmente en algunas legislaciones del mundo como es el caso de España.

Como tenemos conocimiento, hoy en día la unión de hecho es un fenómeno social muy extendido que no puede desarrollarse al margen de la ley ni del derecho, ya que se encuentra protegida por la constitución política del estado y el código civil reconociendo algunos derechos similares al matrimonio.

3.2.- Causas Económicas.

Pérez Vallejo⁷⁶, dice; que las causas de carácter económico pueden examinarse desde una doble vertiente, por un lado, la decisión de la pareja de convivir juntos puede deberse a la condición económica del alguno de los convivientes, que por circunstancias de encontrarse en paro, o de separado o divorciado, no pueden soportar los gastos de la celebración del matrimonio. En circunstancias extremas, la miseria en la que viven determinados sectores de la población impide la celebración del matrimonio.

Por otro lado, también es frecuente que se inicie una convivencia extramatrimonial cuando uno de los convivientes está separado o divorciado, y recibe una pensión compensatoria de su ex-cónyuge, puesto que la perdería al contraer nuevo matrimonio.

En otros casos, las causas económicas son de tipo fiscal en aquellos países con un sistema impositivo caracterizado por basarse sobre un tipo de gravamen acumulativo. Esta peculiaridad supone que las rentas de los cónyuges se acumulan y, por consiguiente, su contribución es mucho mayor que si se tratara de personas solteras.

⁷⁶ Ibidem.

En tal sentido debo expresar que, en ciertas regiones de nuestro país, incide especialmente el factor económico para el desarrollo de la unión de hecho.

En los sectores de menores ingresos económicos, puede suponerse que existe una mayor dificultad para establecer, por medio del matrimonio, un vínculo familiar regularmente organizado, prefiriéndose, en su reemplazo, el mantenimiento de uniones de hecho, aunque sean estables, pero que no crean cargas ni obligaciones de base legal.

A esta causal sólo puede oponerse una transformación económica que da al hombre de trabajo, no solo una mayor participación en la riqueza, sino también una mayor seguridad sobre su futuro.

3.3.- Causas culturales

Razones de tipo cultural⁷⁷.

Se encuentran aquellas relaciones de hecho que, sin ser deliberadamente queridas, se soportan, pero no debido a una necesidad legal como en el caso anterior, sino como efecto de la distancia existente entre la forma del derecho oficial y las sub culturas que se perpetúan en las zonas sociales más retrasadas de algunos países. Es lo que se ha calificado de parejas marginadas.

Y si bien esta marginalidad es hoy relativamente escasa, siguen existiendo personas que viven juntas sin tener en cuenta las leyes. Así se explica la particular difusión que el fenómeno de la convivencia “ilegal” registra en los estados más pobres de la población de numerosos países de América Latina, y también, en el interior de países desarrollados, en zonas más o menos extendidas de pobreza y de marginación, a menudo coincidentes con minorías étnicas o raciales a las que corresponden grupos ignorantes del

⁷⁷ Blanco Pérez- Rubio, Lourdes. Ob. Cit. p. 116.

tradicional Derecho de Familia, y para los que la estructura jurídica oficial del matrimonio y del divorcio son irrelevantes.

En el entorno cultural de determinados países, como sucede en Sudamérica, la convivencia de hecho constituye una realidad social habitual entre los ciudadanos que se unen sin contraer matrimonio porque éste es un modo de convivencia aceptado como otra forma de constituir una familia. La frecuencia de estas relaciones en dichos países, sobre todo entre las clases populares, lo demuestra su reconocimiento por el Derecho, que en muchos casos, regulan estas uniones por normas positivas⁷⁸.

Finalmente debo manifestar que algunos señalan como causa de la unión de hecho, la falta de desarrollo educacional.

Pero las mejores enseñanzas no podrán hacer disminuir apreciablemente las uniones extramatrimoniales, si no van acompañadas de soluciones que aseguren al hombre la solidez económica necesaria para organizar una familia sin angustias ni temores.

Así mismo las causas culturales surgen por la existencia del desconocimiento legal de las uniones de hecho, ya que muchas parejas de hecho no saben como ejercer sus derechos que originan las uniones de hecho.

3.4.- Causas Jurídicas.

El legislador ha optado por dos instituciones jurídicas tales como: El matrimonio y el divorcio, sin embargo las formalidades para la celebración del matrimonio, no son las más apropiadas ya que en vez de facilitarlo lo entorpecen y no lo promueven, debido a estas formalidades se promueve la unión de hecho.

⁷⁸ Mesa Marrero, Carolina. Ob. Cit. p. 30.

CAPITULO IV

POSICIONES LEGISLATIVAS SOBRE LA UNIÓN DE HECHO.

Soluciones normativas⁷⁹

Las soluciones propuestas frente al hecho social de la unión marital de hecho denominada unión de hecho en la legislación nacional son de muy diversa índole, pero pueden ser sistematizadas en cuatro grandes grupos.

4.1.- Posición Abstencionista.

Están las legislaciones prescindentes o abstencionistas, que omiten toda normativa sobre la unión de hecho.

El ejemplo típico es el Código francés, que no reguló ningún efecto del llamado concubinato, respaldado por la frase atribuida a Napoleón, que ante el Consejo de Estado sentenció: “Los concubinos prescinden de la ley; la ley prescinde de ellos.

El fundamento ideológico de esta posición no se encuentra sólo en que el comportamiento de los miembros de la unión de hecho implica apartarse en forma voluntaria de toda regulación legal. A ese argumento es posible agregar una valoración de la institución matrimonial como forma adecuada de organización de la sociedad, protegida por la Ley y apreciada desde los puntos de vista ético, moral y social.

Se considera que reconocer efectos jurídicos a la unión marital de hecho significaría un menoscabo del matrimonio, porque sería colocar en pie de igualdad comportamientos que merecen diferente valoración. En el caso del matrimonio, los cónyuges han decidido asumir los compromisos morales y jurídicos que implican las nupcias, mientras que en la unión de hecho los

⁷⁹ Azpiri Jorge O. Ob. Cit. pp. 47-48

convivientes se han abstenido voluntariamente de contraer las responsabilidades que la ley impone.

Por otra parte, si se admitiera que la unión de hecho produce efectos jurídicos, se estaría aceptando su aprobación moral en desmedro del orden social, de la institución familiar y de nuestra tradición cristiana, conforme se expresado en alguna sentencia.

Es posible añadir también que esta postura no implica un desconocimiento de la realidad, por cuanto no ignora que existen personas que viven unidas en aparente matrimonio sin estar casadas, pero rechaza la posibilidad de que tales uniones tengan una regulación, aunque más no sea parcial, de sus efectos, a fin de no estimular ese tipo de comportamiento y de evitar de esa manera una posible asimilación a la uniones matrimoniales.

Por otra parte, se considera que desde el punto de vista del Derecho natural es cierto que para que nazca el matrimonio sólo se requiere el consentimiento válido, siendo la forma un requisito secundario, por lo que parece que, a primera vista, no habría diferencia con el concubinato. Pero por el primero, el consentimiento está dado para instaurar la vida matrimonial con sus exigencias, mientras que en el segundo el consentimiento está dado para vivir juntos sin someterse a ningún compromiso adicional. Por más duradero, prolongado y estable que resulte el concubinato, el mismo no deja de ser lo que los juristas romanos conceptualizaban como *res facti*. Es decir, una cierta situación jurídica que tenía por fundamento un hecho que duraba –como el matrimonio *sine manu*– lo que la voluntad de quienes hacían la vida marital quería.

Peralta Andía⁸⁰. Expone que, sus razonamientos para ignorar la existencia del concubinato son:

⁸⁰Peralta Andía, Javier Rolando. Ob. Cit. P. 122

- 1) El concubinato es un 'acto inmoral' que afecta la moral y las buenas costumbres, razón por la cual, el derecho debe ignorar su existencia.
- 2) Así como los concubinos prescinden de la ley para sus uniones de hecho o concubinato, así también la ley debe mantenerlos al margen de ella. Los problemas de orden legal requieren cada vez más la abstención legislativa.
- 3) La praxis de la unión concubinaria no ocasiona sanción penal ni civil. La ley simplemente la ignora. Así la unión de hecho no produce consecuencias legales en el plano personal ni patrimonial.
- 4) Se adhiere a esta orientación por las razones expresadas en la legislación francesa, española, colombiana, etc.

Debo manifestar que, en el Código Civil derogado del año 1936, estuvo enmarcado a esta posición, ya que no regula la unión de hecho, la única referencia legal comentada por algunos juristas peruanos es el Art. 1149, que mencionaba el enriquecimiento indebido, que podía alcanzar al concubinato impropio.

Otro ejemplo típico la posesión abstencionista es la legislación uruguaya que no regula la unión de hecho.

4.2.- Posición sancionadora⁸¹.

Para otra postura, la legislación no sólo debe desconocer efectos jurídicos al concubinato sino que a través de sus disposiciones debe combatir esas uniones.

⁸¹ Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. pp. 49-50

En tal sentido se sostiene que es necesario sancionar la unión concubinaria haciendo más gravosa su situación legal, como una forma de disuadir a las personas de que se mantengan en este estado y contraigan matrimonio.

Planiol y Ripert⁸² afirman que deben ser aceptadas sin vacilación medidas de orden fiscal que equilibren el peso de los impuestos sobre los hogares falsos y los verdaderos y aun que graven más los primero. Este encuadre jurídico significa un juicio de valor incuestionablemente negativo sobre la unión de hecho, pretendiendo eliminar esa forma de actuar dentro de la sociedad.

Las razones que se esgrimen para justificar la sanción legal del concubinato son similares a las expresadas en el apartado anterior, pero la intención del legislador es completamente diferente.

En la posición abstencionista se deja fuera de la ley a las uniones de hecho, mientras que en esta concepción se las castiga procurando de es manera evitar que se repitan y se extiendan.

La tendencia actual dentro de la legislación comparada es contraria a este tipo de regulación.

Prohibición del concubinato⁸³. Una de las orientaciones doctrinarias, en cuanto a las uniones de hecho, es precisamente la de prohibir y sancionar el concubinato. Las razones por las cuales se pone empeño en esta actitud, son:

- 1) Que la libertad sin límites de los que gozan los concubinos resulta incompatible con la familia que crean, porque la fragilidad con que se rompen, ocasionan graves consecuencias para la mujer y los hijos, por lo tanto, no puede ser jurídicamente protegido.

⁸² Citado por Azpiri. Jorge O. p. 50.

⁸³ Peralta Andía. Javier Rolando. Ob. Cit. p. 121.

- 2) El concubinato representa un peligro social. Para la mujer, frente a la inminencia del abandono y el despojo patrimonial; para los hijos, por el peligro que significa el abandono material y espiritual y; frente a terceros, por el engaño o perjuicio económico que podría resultar de la apariencia de un hogar falso.
- 3) La ley, por consiguiente –sostienen– debe prohibir y sancionar drásticamente las uniones de hecho o concubinato procurando su extirpación definitiva o en su caso, la normatividad legal deberá imponerle cargas.
- 4) Siguen esta orientación desde el Concilio de Trento (que autorizaba la separación de los concubinos por la fuerza) la antigua legislación albanesa y rumana que la sancionaron con pena privativa de la libertad y multas pecuniarias, respectivamente.

4.3.- Posición equiparadora⁸⁴ .

En el extremo opuesto se encuentra la posición que confiere a la unión marital de hecho, después de cumplidos determinados requisitos, los mismos efectos que al matrimonio.

En los códigos de Familia de Bolivia (arts. 158 a 172), de Cuba (arts. 18 y 19), de El Salvador (art. 118 y ss.); en las constituciones de Honduras (art. 11), de Ecuador (art. 23; en el Código Civil de Guatemala (art. 173 y ss.); en la ley 54 de 1990 de Colombia, en el Código de la Familia de Panamá desde 1995 y en algunos estados de México –como en el de Hidalgo –, se equiparan los derechos de los concubinos a los de los cónyuges, luego de que se ha cumplido una determinada cantidad de años de convivencia y ese hecho ha quedado demostrado fehacientemente, finalmente la legislación peruana toma esta posición legislativa más aun con la regulación de los derechos hereditarios que tienen las parejas que viven bajo este régimen jurídico.

⁸⁴ Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. pp. 50-51.

El fundamento que se brinda para justificar esta solución se encuentra en que responde a una necesidad social, sin detenerse a valorar las causas de ese comportamiento.

Cuando dentro de una sociedad determinada existe un conjunto de personas que adoptan libremente, por las razones que fueren, un pro ceder similar al matrimonial, pero sin haber celebrado las nupcias, el legislador no puede ignorar ese hecho.

Como consecuencia de la obligación de atender legislativamente a esa situación, surge la necesidad de brindar una protección legal a quienes actúan, se comportan y son reconocidos dentro de esa sociedad como si fuesen marido y mujer. Existe la obligación de dar una respuesta legislativa a ese fenómeno social porque éste ha adquirido una importancia significativa dentro de una comunidad determinada y no sería posible que se dejaran librados a la suerte de sus integrantes los conflictos que pudieran surgir en esos grupos familiares.

Un buen orden dentro de la organización social es imponer consecuencias legales similares a las del matrimonio a quienes se comportan como si hubieran contraído nupcias.

Admisión del fenómeno concubinato⁸⁵. Desde el extremo opuesto se sostienen la convivencia y necesidad de regular los efectos de las uniones concubinarias por las razones siguientes:

- 1) Las uniones concubinarias deben ser reconocidas y legalizadas por constituir un fenómeno social que ha existido, existe y existirá en todas las épocas y sociedades.

⁸⁵ Peralta Andía. Javier Rolando. Ob. Cit. pp. 121-122.

- 2) El derecho no puede negar su existencia como la ley no puede dejar de regular sus consecuencias jurídicas por lo que deberá hacerse de las uniones de hecho una institución semejante al matrimonio.
- 3) La mujer y los hijos no deben ser discriminados en sus derechos tanto personales como patrimoniales debido a la no existencia de un vínculo matrimonial.
- 4) Adoptaron esta orientación en la legislación soviética del 17 hasta el año de 1940, así como en los países de la órbita socialista. Similar posición se puede observar en la legislación cubana, mejicana, boliviana, guatemalteca y panameña.

Dentro del esquema cabe situar aquellas legislaciones que equiparan la unión estable y singular de un hombre y una mujer al matrimonio, dándose determinados requisitos. Tales legislaciones responden a realidades socioculturales en las que abundan las uniones de hecho o concubinarias, y la equiparación prevista atiende a asimilar sus afectos a los del matrimonio formalizado⁸⁶.

4.4.- Posición proteccionista.

Sin embargo la regulación más generalizada es la que prefiere contemplar situaciones puntuales, reconociendo ciertos derechos emergentes de la unión marital de hecho en casos específicos, pero sin que exista una reglamentación orgánica de esa situación.

En legislación argentina, un claro ejemplo de esta posición legislativa frente al fenómeno de la unión marital de hecho.

También esta actitud protectoria ha sido adoptada por Francia, España (en diversas comunidades) Paraguay (en los arts. 217 a 224 del Cod. Civil de

⁸⁶ Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil-Derecho de Familia. Tomo I. 3ª edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires-1998. p. 195.

1987) y Brasil, países en los que se han incorporado soluciones legislativas para las cuestiones más esenciales que se pueden presentar dentro de la vida de una pareja de hecho y, sobre todo, en los casos en que la misma finalice.

La forma de reglamentar los efectos de las uniones de hecho varía de país en país hasta tal punto que se pueden encontrar soluciones legales adoptadas de manera totalmente inorgánica, referidas fundamentalmente a situaciones de amparo social, por una parte, y en el otro extremo, verdaderas regulaciones sistemáticas de los efectos de las uniones de hecho, admitiéndose que sean los propios interesados los que provean las consecuencias de la uniones mediante acuerdos celebrados entre ellos, y contemplándose de manera supletoria las soluciones legales en forma concreta frente a los problemas más frecuentes que se pueden presentar, tanto durante la vigencia de la unión de hecho como a su terminación.

Como se puede apreciar la presente investigación va enmarcada en forma clara a la posición proteccionista de la unión de hecho en la legislación nacional y no simple posición regulatoria.

CAPITULO V

DISTINCIÓN CONCEPTUAL DE LA UNIÓN DE HECHO CON OTRAS FORMAS DE RELACIÓN DE PAREJA.

5.1.- La unión de hecho y el matrimonio.

Por su parte, Azpiri⁸⁷, Jorge, expone en forma amplia sobre esta distinción y dice. En ambos caso el comportamiento del hombre y de la mujer es similar, manteniendo entre ellos una convivencia estable, pública y singular. Sin embargo, la diferencia sustanciales que en la unión marital de hecho el comportamiento es el único elemento objetivo que permite su configuración, mientras que en el matrimonio existe un título, es decir, hay un emplazamiento legal en ese estado derivado de la celebración de las nupcias.

No importa si el matrimonio se encuentra viciado y puede ser anulado por sentencia judicial, porque mientras ello no ocurra producirá efectos jurídicos, y aun después de decretarse su nulidad los efectos dependerán de la buena o mala fe de los contrayentes.

Por el contrario, en la unión marital de hecho se presenta un estado aparente de Derecho por que se perfila y exhibe socialmente como matrimonio: objetivamente es un estado matrimonial, pero como carece de celebración de nupcias no configura sino apariencia, como lo describe Díaz de Guijarro⁸⁸.

Agrega este autor que: "...se plantea aquí una situación muy grave porque el concubinato en si mismo y en sus habituales exteriorizaciones estáticas y dinámicas se desenvuelve como un matrimonio normal y asume identidad externa con las mentadas y habituales exteriorizaciones de un matrimonio. Por eso es que optamos por considerar que exhibe y corporifica un estado aparente de Derecho, por más que tal unión no contenga ningún

⁸⁷ Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. p. 59-60.

⁸⁸ Ibidem.

elemento constitutivo de Derecho, si bien es imposible desconocerle su real aspecto objetivo de estado de Derecho (Díaz de Guijarro)⁸⁹.

Queda entonces perfectamente delineada la diferencia existente entre una unión marital de hecho y un matrimonio, aun en el caso en que éste se encuentre viciado. Pero además, es evidente que no toda relación de hecho entre un hombre y una mujer puede generar derechos, sino que para que ello ocurra deben cumplirse determinados requisitos que varían en cada caso particular.

En tal sentido es preciso establecer claramente los comportamientos externos que dan lugar a la comunidad de vida de hecho para diferenciarlos de otras conductas que no producen efectos jurídicos, o por lo menos, no con la trascendencia que este caso tienen.

Como es sabido, el matrimonio nace de un acuerdo de voluntades de los contrayentes, y una vez cumplidos los requisitos solemnes legalmente establecidos, ese acto constitutivo genera el llamado *status* matrimonial. Después y una vez surgido éste, las consecuencias vienen marcadas por la ley, sin posibilidad en algunos supuestos, o con posibilidad relativa en otros, de modificación o alteración por parte de los cónyuges⁹⁰.

Debo exponer que, a pesar de que la unión matrimonial aparece como una institución prácticamente de condición universal, regulado tanto por el Derecho como por las distintas religiones existentes; con el paso de los años, ha ido creciendo progresivamente bajo su sombra la figura de la unión de hecho, desde la regulación jurídica en la constitución política del año 1979, entendiéndose este como la unión voluntaria realizada entre un hombre y una mujer, sin impedimentos para contraer matrimonio.

El matrimonio consensual requiere, para ser tal, el consentimiento que se expresa entre sí los contrayentes, aun cuando no sea necesaria la

⁸⁹ Citado por Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. p. 60.

⁹⁰ Pérez Vallejo. Ana María. Ob. Cit. pp. 46-47.

presencia de un funcionario del Estado o del ministro de un culto determinado; es decir, se origina en un acto, en el que las partes se comunican entre sí la decisión de tomarse por marido y mujer. Ello no aparece en el concubinato, que sólo es una situación que se da en los hechos, pues se origina en la convivencia y se mantiene mientras ésta subsiste⁹¹.

¿La unión de hecho es igual al matrimonio?

La unión de hecho no es igual al matrimonio, debido a que el primero es una unión fáctica de varón y mujer libre de impedimentos matrimoniales con algunos derechos y deberes al matrimonio, de los cuales en la unión de hecho no hay derecho hereditario, no existe el régimen económico matrimonial de la separación de patrimonios, así mismo la extinción se lleva a cabo con la simple separación de las parejas de hecho, sin trámite alguno; mientras que en el segundo hay una unión jurídica de varón y mujer libres de impedimento matrimonial, cumpliendo con deberes derechos que originan el mismo, entre aquí la cónyuge tiene derecho hereditario del marido, además existen dos tipos de regímenes del matrimonio, tales como el régimen de sociedad de gananciales y el régimen de separación de patrimonios, y para su extinción, necesariamente debe seguirse un trámite judicial y/o administrativo de divorcio.

Llegando a una conclusión diremos que la unión de hecho es totalmente diferente al matrimonio conforme lo establece la constitución política de 1993 y el Código Civil vigente a la fecha, además por jurisprudencias constantes emitidas por la Corte Suprema de Justicia del Perú respecto a la unión de hecho que lo diferencian.

La jurisprudencia, bastante consolidada, en general y en concreto en orden a dilucidar las consecuencias jurídicas de las uniones estables de parejas no casadas, sobre todo en el orden económico, viene estableciendo con rotundidad que **la unión de hecho no es una situación equivalente al**

⁹¹Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. ob. Cit. p. 425.

matrimonio y al no serlo no puede ser aplicada a aquella (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de ésta pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma⁹².

CUADRO COMPARATIVO DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO

<p><i>Efectos jurídicos del Matrimonio:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Se cumplen todos los deberes personales que origina el matrimonio. - la cónyuge facultativamente puede usar el apellido del cónyuge, no modifica el estado civil, por tanto no puede alterar la identidad de la persona. 	<p><i>Efectos jurídicos de la unión de hecho:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - se cumplen todos los deberes que origina la unión de hecho, contempladas en el Art. 287-294 del C.C. - La concubinas no puede usar el apellido del concubino, pues la condición de concubino, no modifica el estado civil, por tanto no puede alterar la identidad de la persona.
<p><i>Extinción de la relación:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - El matrimonio se disuelve: Por divorcio, muerte, declaración de muerte presunta o muerte. En consecuencia se le denomina ex cónyuge. 	<p><i>Extinción de la relación:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - La unión de hecho: se extingue por decisión unilateral, acuerdo mutuo de ambos, declaración de muerte presunta, por muerte o por matrimonio del otro concubino. En consecuencia, si fuere concubino (a), se le denominaría ex concubino (a).

⁹² Miralles Gonzales, Isabel: “La disolución de la unión no matrimonial. Efectos” en Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras, Manuales de Formación Continuada 28-2004, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 214, transcribiendo una SAP de Zaragoza de 2 de mayo de 2002.

<p><i>Régimen patrimonial:</i></p> <p>Existen dos regímenes patrimoniales del matrimonio.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Régimen de sociedad de gananciales. - Régimen de Separación de patrimonios. 	<p><i>Régimen patrimonial:</i></p> <p>Existe un solo régimen patrimonial.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Régimen de sociedad de bienes, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales.
<p><i>Derecho Previsional:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Hay pensión de sobre vivencia, tienen derecho a la asistencia médica integral, tienen derecho a reclamar indemnizaciones que correspondan a su pareja fallecida, pueden pedir prestamos para la obtención de vivienda. 	<p><i>Derecho Previsional:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Legalmente no se encuentra regulada el derecho previsional de la unión de hecho, salvo lo regulado en la Ley N° 19990; sin embargo la jurisprudencia peruana si otorga la pensión previsional de las parejas de hecho.
<p><i>Derecho Hereditario:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - El matrimonio origina el derecho hereditario a favor cónyuge supérstite. <p>Nomen iuris:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vida en común y Relación jurídica 	<p><i>Derecho Hereditario:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - La unión de hecho hoy en día también origina derecho hereditario. <p>Nomen iuris:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vida en común y Relación fáctica

5.2.- La unión de hecho y el noviazgo.

Conforme a los conceptos jurídicos emitidos por los tratadistas del Derecho Familiar, una cosa es la unión de hecho y otra es una relación de noviazgo, debido a que en la primera hay una apariencia de matrimonio, mientras que en la segunda existe una relación efectiva, con miras a un probable futuro matrimonio, pero sin convivencia.

El artículo 239° define al noviazgo como la promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a los estipulado para el caso de incumplimiento de la misma.

Palacios Martínez⁹³, nos dice que. La figura de los esponsales, conocida doctrinalmente también como promesa de matrimonio, reconocida expresamente en este artículo no tiene, por sí sola, un valor jurídico trascendente, en tanto, se le ha privado de eficacia jurídica, pero solo con respecto a que no genera obligación legal de contraerlo ni de ceñirse a lo estipulado como contenido del mismo en el caso de incumplimiento.

En este último caso, la relación en sí misma no produce efectos jurídicos ni otorga el derecho a exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, aunque es posible que se ocasionen daños como consecuencia de su ruptura que den ser reparados talo como resulta en forma indirecta de la redacción del artículo 240° del Código Civil, y de lo establecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Por su parte Azpiri⁹⁴. Al comentar ampliamente en los siguientes párrafos dice al respecto que. A su vez otro vínculo diferente es aquel en el que un hombre y una mujer comparten una vivienda algunos días de la semana, o durante períodos más o menos prolongados, como un viaje o unas vacaciones.

⁹³ Palacios Martínez, Eric. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Ob. Cit. p. 42.

⁹⁴ Azpiri. Jorge O. Ob. Cit. p. 61.

Esta situación es la que en el lenguaje común se denomina pareja no conviviente o cama afuera, utilizando una expresión que poco tiene de jurídica pero que es gráfica para demostrar el alcance de esa relación.

En efecto, el hecho de que se exprese que no comparten un domicilio pone en evidencia que no puede asimilarse al comportamiento con apariencia de matrimonio.

Puede suceder que en determinados ámbitos lleguen a ser considerados como marido y mujer, como, por ejemplo, en las relaciones que pudieran haber trabado durante los esporádicos lapsos de convivencia; sin embargo, la realidad de la vida cotidiana es que cada uno de ellos mantiene su domicilio y sólo están juntos algunos días de la semana o durante los fines de semana.

En este último caso no podrán originarse consecuencias jurídicas similares a las que se derivan de la unión marital de hecho, por cuanto no se mantiene un comportamiento similar al que existe en el matrimonio.

5.3.- La unión de hecho y el concubinato impropio o unión adulterina

Conforme se observa el último párrafo del artículo 326° del Código Civil, regula a las uniones impropias con impedimentos a contraer matrimonio, diferenciándolo de la unión de hecho propiamente diremos que en este último la unión puede ser adulterina, que no genera efectos jurídicos, quedando solo el ejercicio de la acción de enriquecimiento indebido por el interesado.

Azpiri⁹⁵, al exponer de esta clase de unión dice. Otra relación que también presenta diferencias con la unión marital de hecho es la que se mantiene con un amante, expresión también poco jurídica pero que evidencia

⁹⁵ Ibidem. p. 61.

que una persona ha establecido un vínculo matrimonial, o un vínculo de hecho importante, y que esta relación significa tan sólo una violación del deber de fidelidad, legal en el matrimonio, o moral en la unión marital de hecho.

Por más que el comportamiento entre amantes se prolongue a través del tiempo no alcanza a tener la apariencia del matrimonio y, por lo tanto, no produce los efectos jurídicos de la unión marital de hecho.

La acción de enriquecimiento sin causa en el caso de la unión de hecho impropia.

Expone en estos dos párrafos al respecto el Jurista Placido⁹⁶. La unión de hecho impropia, que es aquella que no reúne las condiciones relativas a la diversidad de sexo, a la monogamia y a la libertad de impedimento matrimonial, no produce los efectos contemplados en la ley; teniendo el interesado sólo expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Así lo establece el último párrafo del artículo 326 del Código Civil.

Como se sabe, esta acción procede cuando a mediado empobrecimiento de un sujeto y el correlativo enriquecimiento de otro a expensas de aquél, sin que exista causa que lo justifique; siempre que el perjudicado no disponga de otra acción para reclamar su resarcimiento (artículo 1954 y 1955 del Código Civil).

Demain, Bernard⁹⁷. Al exponer esta figura nos dice que. Si a menudo es difícilmente admisible el principio mismo de una sociedad válida ¿Cómo se puede entonces asegurar a cada concubino la protección que merece, frente a su compañero? Por otra parte, ¿cómo se puede proteger a los terceros, a los que la negativa de aceptar la idea corre el riesgo de causarle un perjuicio cierto? A esto, una parte de la doctrina y algunas decisiones jurisprudenciales

⁹⁶ Placido V. Alex F. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio y de las uniones de hecho en la doctrina y en la jurisprudencia. Gaceta Jurídica. p. 401.

⁹⁷ Demain, Bernard. La Liquidación de Bienes en la Uniones de Hecho. Editorial Reus, S.A. Madrid 1992. P. 101-102.

responden haciendo intervenir la noción de enriquecimiento injusto y la acción *in rem verso*.

Principio de enriquecimiento injusto.

El mismo autor, al exponer este principio aplicado en el Derecho Español dice. “Nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro”; he aquí uno de los principios fundamentales de nuestro orden jurídico; su origen es muy antiguo y su aplicación frecuente entre romanos; aunque no haya sido formulado expresamente en el Código Civil, puede decirse que numerosos artículos del Código descansan sobre esta idea que tiene, en derecho francés, muchas aplicaciones prácticas. Así dos concubinos han puesto en común sus bienes y uno de ellos, supongamos la mujer –lo que es el caso más frecuente– ayuda a la otra en la explotación de un comercio, le presta numerosos servicios, hace el oficio de empleado de confianza, a veces incluso de secretaria, aceptando trabajar sin ninguna remuneración, en ocasiones con la única esperanza de un posible matrimonio y éste no tiene lugar. La concubina, no obstante, ha prestado servicios valorables en dinero; ha contribuido ampliamente a la buena marcha del negocio; si hubiese estado en cada de un extraño, hubiera recibido, como contrapartida a sus esfuerzos, un salario en dinero, mientras que ella ha trabajado sólo para la asociación, o mejor para el concubinato. Ha habido, en consecuencia, un beneficio de este último, un enriquecimiento cierto, no susceptible de una evaluación pecuniaria objetiva”, sino un ahorro de gastos; éste existe aún en el momento de la liquidación de los bienes y, por consiguiente, puede ser reclamado. El fundamento de la acción no está en ningún texto legal, sino en el principio de equidad según el cual nadie debe enriquecerse a costa de otro⁹⁸.

5.4.- La unión de hecho y el Servinacuy.

Conforme a los estudios realizados en la doctrina nacional, en la doctrina extranjera y en la legislación sobre la unión de hecho, estos originan algunos efectos similares al matrimonio, mientras que el servinakuy o

⁹⁸ Demain Bernard. Ob. Cit. p. 102.

Yachanaguy, cuyanacuy en realidad es un matrimonio que origina todos los efectos que tiene el matrimonio, más no es una institución que sirve como prueba para un futuro matrimonio comentada erróneamente por algunos juristas, esta institución se encuentra castellanizada, por servinakuy viene de servirse (palabra española), esta institución es propia de la cultura pre inca e incaica y que se encuentra actualmente regulada en la legislación Boliviana.

5.4.1.- Servinakuy.

El servinakuy; termino castellanizado servir, utilizado en la zona andina de nuestro país, al que debe denominarse correctamente matrimonio de hecho como lo dispone el derecho boliviano y no prueba de matrimonio⁹⁹. Entre las formas de vida marital debe mencionarse las uniones ancestrales como el servinakuy, expone Meza Ingar¹⁰⁰.

5.4.2.- Terminología del Servinakuy.

El término servinakuy tiene origen quechua. Se forma con la abreviatura castellana, servi, alusiva a servicio, y el fijo quechua nakuy, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación. Tiene diversas denominaciones según las regiones:

- Servinakuy, en el departamento de Apurímac, parte del Cusco, Ayacucho, Huancavelica y Junín.
- Misque sirvanacuy, en algunas regiones del Cusco.
- Sartasi, en algunas regiones de los departamentos en los lugares donde tuvo afluencia y se habla aymara.
- Tinkunakuspa, usada en la comunidad Wancas.
- Tincunacuy, en parte de Jauja.

⁹⁹ El mío en negrita, comentario al concubinato, fue considerado como matrimonio vigente en el derecho peruano antiguo, y la palabra servinakuy es castellanizada de servir, lo correcto es **munacuy**

¹⁰⁰ Meza Ingar, Carmen. Ob. Cit. p. 26.

- Rimanakuy, en parte del departamento de Puno y Cusco.
- Munacuray, en algunos lugares del Cusco y Huancavelica.
- Topacashca, en el departamento de Ancash.
- Yachanaguy, en algunos lugares del departamento de Junín.

Todos estos vocablos son de significación idéntica, que indican el estado matrimonial o la vida conyugal de los campesinos, señalando la relación conyugal de carácter firme y permanente; pero el término genérico, es el de servinakuy, usándose en menor proporción las demás sinonimias.

5.4.3.- Noción conceptual de Servinakuy.

Para Héctor Díaz Valdivia, puede ser que desde el punto de vista occidental o del Derecho estricto, el “sevinakuy” constituya una modalidad del concubinato, pero desde el punto de vista del legislador incaico o preincaico podría tener otra naturaleza jurídica.¹⁰¹

Mallqui sostiene que algunos de mentalidad occidentalizada lo llaman matrimonio a prueba; pero él considera que se trata de un matrimonio.¹⁰²

Realizada las investigaciones en las zonas andinas por el investigador, debo exponer que, el servinakuy, históricamente era considerado matrimonio consuetudinario con todos sus efectos, cuyo origen es preincaico e incaico, más no como prueba de matrimonio, cuya fuente legal vigente lo tenemos regulado en el Código familiar boliviano, mientras que hoy en día en nuestro país, algunos lo consideran una etapa previa al matrimonio, lo cual no es tan cierta ya que actualmente es una especie de convivencia hasta la celebración del matrimonio de conformidad con el código civil vigente.

¹⁰¹ Díaz Valdivia, Hector. Derecho de Familia. Ediciones Jurídicas del Sur. Arequipa-Perú. pp. 115-119.

¹⁰² Mallqui Reynoso, Max y Otro. Derecho de Familia. Editorial. Pp. 73-74.

Debo manifestar que vista a la realidad en las comunidades nativas y comunidades campesinas, actualmente, el servinakuy llega a ser en algunos lugares una etapa previa al matrimonio católico y al matrimonio civil. En definitiva, parece no haber consenso en cuanto a determinar si el servinakuy es hoy una experiencia previa al matrimonio católico, o si una vez cumplido, se hace permanente sin la formalización canónica ni civil, o si es, desde el inicio, un “matrimonio sociológico o de Derecho consuetudinario” con vocación de permanencia indefinida¹⁰³.

Evidentemente la palabra servinakuy, termino castellanizado utilizado aún por algunos juristas en forma incorrecta que viene de la palabra castellana servir, en el antiguo Perú era considerado un matrimonio propiamente dicha, tomada hasta hoy por la legislación boliviana en su código de familia, denominándolo como uniones conyugales, libres o de hecho.

5.5.- La unión de hecho y las uniones homosexuales.

Las uniones homosexuales son uniones de parejas del mismo sexo, institución no regulada legalmente en el Perú, pero si en el derecho comparado, sin embargo actualmente existe proyectos de ley en el congreso de la república con la denominación unión civil.

1. Homosexualismo.

Homosexual.

Según la definición académica: Persona que tiene relación carnal con otra del mismo sexo¹⁰⁴.

La homosexualidad¹⁰⁵.

Frecuentemente se trata a homosexuales que no tienen culpa de serlo en forma bien poco caritativa. En cierta ocasión varias personas fueron a

¹⁰³ Cornejo Chávez, Héctor. Ob. Cit. Pp. 74-79.

¹⁰⁴ Ezaine, Chávez. Enciclopedia de la Ciencia Jurídica-Diccionario Jurídico. Parte Civil. A.F.A. Editores Importadores .S.A. p. 284.

¹⁰⁵ De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. pp. 210-11.

acusar ante el director de un hospital a un médico “por ser homosexual y por maquillarse el rostro”. Pidieron su destitución. El director, con muy buen sentido, les contesto que mientras el médico cumpliera puntualmente con su deber acatando los reglamentos del establecimiento y fuera honrado en el ejercicio de su profesión, no tenía por qué expulsarlo de la Institución.

En otra ocasión también se le pidió a un patrón particular que despidieran a uno de sus repartidores por ser homosexual, habiendo contestado con muy buen sentido que mientras el individuo realizara puntualmente su trabajo no tenía por qué hacerlo.

Muchas veces los sirvientes homosexuales son eficientes y fieles, pero claro está, no podría tolerarse su presencia en un hogar donde hubiere niños, que pudieran llegar a ser víctimas del mal ejemplo del domestico. Cosa extraordinariamente delicada es el homosexualismo. Páginas bien interesantes escribió sobre él el Doctor Gregorio Marañón. No es tolerable que, como se hace en Inglaterra, se fijen públicamente anuncios tales *como Remember the meeting of the homosexual Club at eight o'clock tonight* (Oxford 1970). Sobre el problema también ha escrito Pedro Gringoire¹⁰⁶ en las columnas de señal. (1342, 7 mar. 1891) Dura y justificadamente ataca a quienes lejos de reconocer su mal y tratar de curarse, glorifican su anomalía, hacen gala de la y la exhiben sin decencia alguna. Deseable sería que, a ejemplo de los Alcohólicos Anónimos los homosexuales se agruparan en frentes, pero para estimularse y ayudarse mutuamente, no para perpetuar y para ponderar su enfermedad, sino para curársela. Antisocial es ponderar cualquier anomalía sexual. Notemos que la homosexualidad latente durante el matrimonio no sirve jurídicamente para dar por terminado el vínculo, según los jueces de la Sacra Rota. La sentencia aparece en el volumen publicado en estos días sobre la actividad Santa Sede en 1982, un libro que recoge los principales actos de la Sede Apostólica. (E, 29 jun. 1983). Cuando se trata de definir el sexo de una persona, hay diecinueve clases de hermafroditismo, puede y debe estudiarse cada caso en particular. Por capricho, no se puede

¹⁰⁶ Citadas por De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. p. 211.

cambiar de sexo a una persona. Nuestro cuerpo es un tesoro que Dios nos ha dado, y debemos conservarlo tal como él nos lo dio.

Bien sabemos que hoy en día el homosexualismo en el mundo es casi normal, ya no se habla de anomalía sexual, de lo contrarios en algunas legislaciones extranjeras, existe matrimonio de homosexuales, así como uniones libres no matrimoniales de homosexuales protegidas por ley, pero estas uniones libres no son considerados como unión de hecho propiamente dicha, además en la legislación peruana, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio es causal del decaimiento y disolución del vínculo matrimonial (causal de separación de cuerpos y divorcio) regulada en el inciso noveno del artículo 333° del código civil vigente.

2. Uniones homosexuales

Las uniones homosexuales, siendo una realidad importante en nuestra sociedad actual y constituyendo un modo más de convivencia no matrimonial, no están reconocidas jurídicamente a ningún nivel; simplemente parece omitirse su existencia, a pesar de ser cada vez más quienes reclaman algún tipo de regulación que les reconozca su existencia y derechos. Sin embargo en el Perú existe un proyecto de ley denominado unión civil.

Ciertamente, dejar de lado “a priori” a las uniones homosexuales de todo reconocimiento jurídico, plantea serios problemas constitucionales. Ya que son muchos los derechos fundamentales y valores constitucionales que pueden entenderse vulnerados al restringir los derechos de las uniones homosexuales, tratándolas como un reducto minoritario frente a la mayoría heterosexual. Así, podrían verse afectados especialmente derechos fundamentales tales como: la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, la intimidad personal y familiar, y la igualdad y la no discriminación. En un *Estado Social y Democrático de Derecho* como el nuestro, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la *libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*, parece no encajar el

tratamiento que reciben las uniones homosexuales con respecto a las uniones heterosexuales.

Como hoy en día vemos en países occidentales, los efectos civiles de la convivencia de dos personas homosexuales es un tema que se debate y en algunos ya regulados legalmente. La categorización de esta situación entre dos individuos carece de argumentos para que pueda hablarse de ella como familia: “La cultura occidental asume que una viuda o una divorciada, que una madre soltera, viviendo con sus hijos, que un matrimonio temporalmente separado de su prole (por razones laborales o de estudios), también hay que tomarlos como unidades sociales familiares”¹⁰⁷.

Esta nueva situación que quiere reivindicarse como *normal* viene a: “dar forma a una relación esencialmente individualista, enraizada en pulsiones subjetivas, que, ciertamente, el jurista no debe censurar, pero que sí debe reconocer como lo que propiamente son”¹⁰⁸. Si bien los cambios introducidos en las legislaciones de algunos países que se empeñan en aceptar la convivencia homosexual como *matrimonio*, con todos los efectos civiles, siguen líneas políticas o ideológicas, el mensaje que se dirige a la sociedad es equívoco: “No cabe duda de que, al reconocer el *matrimonio homosexual*, el ordenamiento jurídico está favoreciendo la ruptura con la visión tradicional del matrimonio, y con ella una desestabilización social”¹⁰⁹

Finalmente al respecto debo manifestar que hay corrientes cristianas que rechazan el matrimonio homosexual basada en la santa biblia, y sustentan argumentos contra el matrimonio homosexual, tales como: Legalizar el matrimonio gay debilita la fortaleza del matrimonio natural, igual que la moneda falsa debilita la moneda verdadera. En Revista Impacto Evangelístico¹¹⁰.

¹⁰⁷ G, Pastor. Sociología de la familia. Salamanca. pp. 99-100

¹⁰⁸ F. D', Agostino, Elementos para una filosofía de la familia. Madrid. Rialp 2002. p. 136

¹⁰⁹ F. D'Agostino, Ob. Cit. pp. 136.

¹¹⁰ Argumentos contra el matrimonio homosexual en Revista Impacto Evangelístico. <http://impactoevangelistico.net/noticia/63-argumentos-contra-matrimonio-homosexual>.

CAPITULO VI

LA UNION DE HECHO EN EL DERECHO PERUANO

6.1.- EN EL MARCO TEÒRICO.

6.1.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA UNIÓN DE HECHO EN EL PERÚ.

Martha Reinoso de Solari¹¹¹. Hace una interesante recopilación de la legislación referida a la unión de hecho. Cita la Ley 13517 (1961), Ley de Barrios Marginales o Barriadas, indicando que cuando el adquirente de un lote marginal, que sin estar casado, esté ocupándola con una mujer con la cual hace vida marital que no tenga impedimento de casarse, el bien será de ambos, para lo cual se expedirá el título a nombre de los dos (art. 39). La Ley 17716 (1969), Ley de Reforma Agraria, se refería a la compañera permanente como beneficiaria de la adjudicación gratuita de la unidad agrícola familiar en caso muriera el adjudicatario sin haberla cancelado. El Decreto Ley 29598 (1974), Empresas de Propiedad Social, indicaba que los certificados de retiro serán transferidos a la conviviente que mantiene estado de permanente compañera del causante y siempre que se encuentre registrada en la ficha del trabajador.

Sin embargo, debó manifestar, el régimen jurídico de la unión de hecho como tal, legalmente establecida, no tuvo lugar en el Perú hasta la regulación en la constitución política del año 1979, como también fácticamente estudiada por algunos cronistas a través de la historia, establecen la existencia del concubinato en el Perú, más no como unión de hecho reconocida actualmente en la legislación constitucional y civil del Perú que a continuación desarrollamos de la siguiente manera.

¹¹¹ Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique. Ob. Cit. pág. 378.

a) El Derecho Familiar pre-incaico.

Nuestro derecho familiar ancestral preincaica, estaba regida como fuente principal la costumbre, es decir estaba regulada bajo el sistema consuetudinario, y la organización familiar fundamental fue el *Ayllu*, y entre las culturas pre-incas entre otras son; Chavín, Tiahuanaco, Mochica, Chimú, Nazca, Paracas, chancas, Wari, Wancas, Vicus, Uros y Anccara.

El Derecho familiar preincaico no sólo se basa en el *ayllu* sino también en el patriarcado con rezagos de matriarcado, con formas matrimoniales exogámicas y endogámicas, inclusive existían modos de relación de pareja como el *servinakuy*.¹¹², denominado por algunos autores una prueba de matrimonio, totalmente incorrecto, ya que esta institución era en realidad un matrimonio, motivo por el cual, la legislación boliviana regula a esta institución como matrimonio de hecho.

b) El Derecho familiar incaico.

El interés del Estado incaico en los concubinatos era formalizarla a través del gobernador, con el afán de recibir tributos y contribuciones. A la concubina se le denominaba Shipa ó Coya.

Es así que en nuestro derecho familiar incaico conforme cuentan algunos cronistas a través de la historia, el inca practicaba la poligamia e incluso podía contraer matrimonio con su hermana a fin de conservar la pureza de sangre, mientras que el matrimonio del pueblo era monogámico, porque no decir que en la época incaica el concubinato también era practicado comúnmente.

El matrimonio era considerado también como un acto civil, algunas veces adopto la forma contractual de la compra que se realizaba con

¹¹² Peralta Andía, Javier Rolando. Derecho de familia en el Código Civil. Tercera edición. Lima. Editorial Moreno S.A. 2002. pp. 70-72.

intervención de un funcionario público. Coexistieron, al lado de la institución nupcial el matrimonio por raptor y las uniones de hecho en forma legal¹¹³.

c) El Derecho Familiar Colonial y Republicano.

Las fuentes del Derecho familiar después de la independencia peruana, fueron principalmente la legislación castellana, el Derecho Canónico y el Concilio del Trento.

El concubinato subsistió como un hecho efectivo y con innegable difusión, sin que tuvieran eficacia para hacerla desaparecer las sanciones de carácter penal dictadas en la época republicana, que disponían que “el marido que incurra en adulterio, teniendo manceba en la casa conyugal, será castigado con reclusión en segundo grado; y con la misma pena en tercer grado, si la tuviese fuera. En cambio, no se consideraba como delito la unión de hecho de las personas libres¹¹⁴.

d) La unión de hecho en la legislación peruana a través de la historia.

La institución jurídica “*unión de hecho*”, denominado también concubinato propio en nuestro país ha ido evolucionando a través de la historia, es así que nuestro Código Civil de 1852 lo negaba expresamente. Pero como muchas veces la realidad es más poderosa que la voluntad, en el Código Civil de 1936 se regula el concubinato impropio más no la unión de hecho regulada en la constitución política vigente. Al regular en el artículo 1149° enriquecimiento indebido, ya con la entrada en vigor de la constitución política de 1979 se regulo la protección jurídica de las uniones de hecho, situación que se repitió con la constitución de 1993 y regulación en el artículo 326 del Código Civil de 1984 hoy vigente.

¹¹³ Peralta Andía, Javier Rolando. Ob. Cit. 2. pp. 70-72.

¹¹⁴ Ibidem.

1). Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852 no regula las uniones de hecho porque adoptó la doctrina del Código Canónico sobre el matrimonio.

2).- Código Civil de 1936

El código Civil de 1936 no regula la unión de hecho, pero sin embargo regula de manera genérica en su art. 1149º el enriquecimiento indebido aplicada al concubinato impropio y que con la entrada en vigor de la constitución política de 1979, se expone que “Una sociedad de hecho en la que el hombre y la mujer conservan su independencia social y económica, no constituyendo una sociedad como el matrimonio en la que si están vinculados en dichos aspectos.”

3). Constitución Política de 1979

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.” (Artículo 9).

4). Código Civil de 1984

“La unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”.(Artículo 326).

5). Constitución Política de 1993

“ La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de

bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.(artículo 5)

6.1.2.- El régimen jurídico de la unión de hecho.

6.1.2.1.- Nociones Conceptuales. La familia esta conformado por un grupo de personas, cuya finalidad fundamental es la vivencia bio-psico-social, con deberes y derechos dentro de una sociedad, conforme se estableció por primera vez en el artículo 9º de la Constitución de 1979 y en el artículo 5º de la constitución vigente, las familias de hecho en nuestro país son una realidad social y cultural que ha merecido en nuestro ordenamiento jurídico una protección distinta a la familia matrimonial.

Debemos entender los operadores jurídicos y sociológicos, que no todas las uniones libres, tales como las uniones fácticas poligámicas, uniones con impedimentos matrimoniales y uniones de homosexuales, son asimilables al concepto de “uniones de hecho” reconocidas por la norma constitucional y civil peruano, sino sólo aquellas que reúnan ciertos requisitos que la hagan semejantes a la familia de derecho es decir a las uniones matrimoniales, por consiguiente, terminológicamente se excluyen en este contexto las relaciones ocasionales y entre personas del mismo sexo, comúnmente denominadas en el Derecho extranjero uniones libres no matrimoniales.

El principio de amparo a las uniones de hecho, recogido inicialmente en el artículo 9 de la Constitución de 1979 y contemplado actualmente en el artículo 5 de la Constitución de 1993, **sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial**, produce determinados efectos –personales y patrimoniales– reconocidos en la ley y que similares a los del matrimonio. La tesis de la apariencia al estado al estado matrimonial, que sigue nuestro ordenamiento jurídico, está admitida también en el artículo 326 del Código Civil cuando señala que con la unión de hecho se persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio”. Se comprueba, por tanto, que no hemos adoptado en el Perú la teoría de la

equiparación al estado matrimonial, según la cual la unión de hecho produce los mismos efectos que el matrimonio¹¹⁵.

6.1.2.2.- Unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial.

Entiéndase que las uniones de hecho reguladas legalmente en el Derecho peruano, son aquellas uniones realizadas de manera voluntaria, por personas heterosexuales y que estén libres de impedimento matrimonial.

Los impedimentos matrimoniales:

Las causas de los impedimentos matrimoniales, están expresamente establecidas en el Capítulo Segundo, Título I de la Sección Segunda del Libro III de nuestro Código Civil vigente desde el año 1984, regulados, en los artículo 241° al 247°.

Debo sustentar que los impedimentos para celebrar un matrimonio válido, o uniones de hecho amparadas por el artículo 326° del Código Civil, son las prohibiciones que impone el Derecho Familiar.

Se denomina impedimentos matrimoniales a aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Se tratan de hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan a uno o ambos contrayentes y, en consideración a esos hechos o situaciones jurídicas, la ley formula la prohibición¹¹⁶.

“...Se llama impedimentos ciertos obstáculos que se oponen a la realización del matrimonio y cuya base se encuentra en la necesidad de que la constitución y organización de la familia tengan sólidos fundamentos naturales y morales y caracteres permanencia en cuanto a su desenvolvimiento futuro; sus causas nacen de los vínculos de

¹¹⁵ Placido F. Alex V. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 249

¹¹⁶ Ibidem. p. 67.

consanguinidad, afinidad y matrimonio anterior (de ligamen), así como también de un crimen, de la aptitud derivada de la naturaleza y de un estado mental...”(PAVON, 1996, Tomo I: 235)¹¹⁷.

6.1.2.3.- Efectos personales y patrimoniales de la unión de hecho.

La unión de hecho no produce los mismos efectos que los generados por el matrimonio, actualmente produce algunos efectos personales semejantes a los del matrimonio y efectos indiscutibles en el orden patrimonial. Ya que la unión de hecho, origina una sociedad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable.

Si bien el tema de su asimilación legal el tratamiento del régimen patrimonial matrimonial de sociedad de gananciales es claro, esto no enerva las graves dificultades que se generan en la practica para que se efectivicen estas consecuencias, ya que para ejercer este derecho, se requiere pronunciamiento judicial que reconozca la unión de hecho en un proceso con una limitación procesal probatoria inicial de principio de prueba escrita y real vinculada a la obtención de los medios probatorios que la verifiquen. De ahí que, en la realidad al igual como ocurría en las tradicionales causales de divorcio resulta sumamente difícil por exigencia la verificación en el proceso de reconocimiento judicial de unión de hecho.

A. Efectos personales, conformado por los deberes semejantes al matrimonio que originan la unión de hecho.

Al respecto el jurista nacional Placido, expone que, se parte de considerar que en una unión de hecho la vida se desarrolla de modo similar a la que sucede en el matrimonio. En tal virtud, la unión de hecho presenta en su interior una estructura que la asemeja al contenido real de los cónyuges; lo que se funda en la realidad esa pareja, en su funcionamiento y en su

¹¹⁷ Citado por Gallego Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca S. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. 1ra. Edición 2008. p. 45.

autonomía, semejantes a la del matrimonio, siendo ellos mismos los elementos que sirven de soporte al fundamento ético de los deberes que surgen de ese estado familiar. Sin embargo y no produciendo los mismo efectos que el matrimonio, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de una unión de hecho diferentes a los de aquél¹¹⁸.

Debo manifestar, que, conforme, se encuentra prescrita en el primer párrafo del artículo 326° del código civil, la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial cumplen deberes semejantes a los del matrimonio, es decir los mismos que se encuentran regulados en los artículos 287° al 294 del código civil, tales como:

Teniendo en consideración que las relaciones personales existentes dentro del matrimonio debemos tomar como referencia comentarios efectuados por diferentes autores peruanos.

a). Obligaciones comunes de los concubinos.

Las parejas que viven bajo este régimen, al igual que los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho de la unión de hecho a alimentar a sus hijos, que comprende: comida, vivienda, educación, salud, vestimenta y recreación, conforme, así lo establece el artículo 92 del Código del Niño y los Adolescentes.

Al comentar Monge Talavera¹¹⁹ sobre las obligaciones comunes originadas por el matrimonio manifiesta lo siguiente: de orden público, es deber natural de alimentar y educar a los hijos, consagrado por el artículo 287, nace con el nacimiento del hijo. Este deber se funda en la necesidad de proveer para la subsistencia del nuevo ser; quien, a pesar del dicho popular, no viene con el pan bajo el brazo.

¹¹⁸ Placido V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 253.

¹¹⁹ Monge Talavera, Luz. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas T. II. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. p. 208.

El deber de alimentar y educar a los hijos forma parte de las obligaciones que corresponden a los padres. Incumbe al padre y a la madre del hijo, independientemente del hecho de que sean casados o no. En efecto, la deuda nace en el momento en que se establece el vínculo de la filiación y tiene el mismo fundamento tanto en la filiación matrimonial como en la filiación extramatrimonial. En suma, la obligación de alimentar y educar a los hijos es un efecto del establecimiento de la paternidad y de la maternidad.

En la unión de hecho se presenta una obligación alimentaria similar a la que existe entre los cónyuges; sin embargo, ésta no es legal sino de carácter natural. Este derecho a los alimentos entre convivientes se fundamenta en la preservación del sentimiento familiar que los vincula y que se hace sentir de modo tan evidente en la estructura y funcionamiento de la propia unión de hecho; demostrando, en su naturaleza y esencia, un contenido moral derivado de ese estado de familia. El reconocimiento de la obligación natural de alimentos entre convivientes tiene como consecuencia principal la irrepetibilidad de lo que se ha pagado en cumplimiento de dicha obligación, de acuerdo con el artículo 1275 del Código Civil: “no hay repetición de lo pagado para cumplir deberes morales o de solidaridad social...”. De otra parte y su la unión de hecho termina por decisión unilateral, este deber natural se transforma en una obligación legal de prestar alimentos a cargo del abandonante, cuando el abandonado opta por esta pretensión¹²⁰.

b). Deber de fidelidad y asistencia de ambos concubinos.

Conforme se establece el deber de fidelidad en las relaciones matrimoniales, también los concubinos se deben recíprocamente fidelidad, es fides - confianza entre ambas parejas.

En la unión de hecho, por su singularidad, se presenta el deber natural de fidelidad que de inobservancia en cuanto a la continencia sexual, no se

¹²⁰ Placido V. Alex. F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 253.

configuran las causales mencionadas; en todo caso, sólo provocará la terminación de la unión de hecho por decisión del conviviente ofendido¹²¹.

Sobre este deber también, Monge¹²² comenta ampliamente y dice. El Código Civil impone tanto al marido como a la mujer el deber de fidelidad. Es decir, un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. La constancia en el afecto y los sentimientos. Lo que supone la obligación de no faltar, ofender, deshonorar o humillar al cónyuge. En suma, el deber de no traicionarlo. De lo cual se deduce que el deber de fidelidad engloba la fidelidad física y la fidelidad moral.

La asistencia; El deber de asistencia impone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida. La medida y las modalidades del deber de asistencia dependen de las costumbres y de las circunstancias. Sin embargo, podemos decir que, en general, el deber de asistencia comprende, por un lado, la obligación mutua de cooperar en las labores domésticas, y por otro lado, abarca la obligación de prodigarse cuidados mutuos.

c). Deber de cohabitación.

Como bien prescribe en forma clara el artículo 289º del Código Civil, el deber de cohabitación para los cónyuges, La obligación de vivir juntos constituye el deber esencial, fundamental pues permite la realización de los demás deberes conyugales. Es necesario entonces analizar el contenido del deber de hacer vida en común, su ejercicio, la suspensión de la obligación y finalmente su inejecución, sin embargo al extinguirse la unión de hecho por cualquiera de las causas este deber fenece.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Monge Talavera, Luz.Ob. Cit. p. 211

Por su parte Placido¹²³ expone que. En la unión de hecho existe un deber natural de cohabitación semejante al legal de los cónyuges; no obstante, el incumplimiento unilateral de este deber ocasiona la terminación de la unión de hecho, al desaparecer la convivencia que es el fundamento de su vigencia. Por ello y desde el punto de vista jurídico, en esta circunstancia los ex convivientes no ingresan en un estado de separación de hecho.

d). Igualdad en el gobierno del hogar.

Debo manifestar que, conforme se encuentra establecido este efecto personal para los cónyuges en el artículo 290º del Código Civil vigente, también debe aplicarse para las uniones de hecho, ya que ambos concubinos tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

Así mismo ambos concubinos tienen iguales derechos y deberes de fijar y mudar el domicilio concubinario y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

Desde mi punto de vista, hoy en día conforme así se encuentra establecido en el Inciso 2. Del artículo 2. De nuestra constitución vigente tanto el varón como la mujer tiene iguales derechos, por lo tanto en el gobierno del hogar de hecho, ambos concubinos propios dirigen por igual.

Por su parte, Fernández Revoredo y Alcántara Francia comentan acerca de este deber y derecho argumentando que;¹²⁴ Para resaltar la importancia de esta disposición es pertinente remitirnos, a modo de antecedente, a los artículos 161 y 162 del Código Civil de 1936. En dichas normas se establecía que el gobierno del hogar estaba a cargo del cónyuge (esposo), de modo que solo él tenía el derecho de fijar y mudar el domicilio conyugal. Asimismo, se señalaba que a aquél le correspondía el derecho de

¹²³ Placido V. Alex. F. Ob. Cit. p. 254.

¹²⁴ Fernández Revoredo, Marisol y Alcántara Francia Olga. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Ob. Cit. p.222.

decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar, autorizar o no a la mujer el ejercicio de cualquier actividad lucrativa fuera del hogar, ejercer la representación de la sociedad conyugal frente a terceros, e imponer a la mujer la obligación de agregar a su apellido, el suyo.

La Carta de 1979, al elevar a rango constitucional el principio de igualdad entre varones y mujeres, así como la prohibición de discriminación por razón de sexo prácticamente eliminó el modelo de "potestad marital", lo cual llevó al legislador la elaboración de una normatividad ajustada a los nuevos preceptos constitucionales. A esto último responde la norma materia de comentario.

e). Obligación de sostener a la familia

Tomando como referencia legal la obligación de sostener a la familia dentro del matrimonio, debo manifestar que, si uno de los concubinos se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos concubinos se deben en uno y otro campo, pero si ambos concubinos se dedican a trabajar, ambos concubinos se obligan a sostener a la familia por igual.

f). Representación legal de la sociedad concubinaria

Así mismo, conforme lo establece el artículo 292, para los casos de la unión de hecho, la representación de la sociedad concubinaria debe ser ejercida conjuntamente por ambas parejas de hecho, mientras que en el ámbito procesal. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial al ejercer el derecho de acción.

g). Libertad de trabajo

Por su parte Fernández Revoredo¹²⁵ al comentar ampliamente el artículo 293 del código civil referente al matrimonio, expone que; El antecedente de esta disposición es el artículo 173 del Código Civil de 1936, que establecía que la mujer podía trabajar fuera de la casa siempre que contara con el consentimiento del cónyuge. Nuevamente nos encontramos ante una disposición que respondía a un modelo de potestad marital en el cual el varón es el jefe y cabeza de la familia.

Siendo evidente la discriminación directa contenida en esta norma, el legislador de 1984 aplicó una igualdad de trato. Así entonces, el consentimiento para que el cónyuge trabaje es ahora recíproco. A pesar de ello, a nuestro juicio esta norma es discriminatoria y el legislador de 1984 lo que debió hacer fue no contemplar limitación alguna a la libertad de trabajo por el hecho del matrimonio.

Para comprender por qué es discriminatoria la norma en cuestión, es necesario evidenciar que el fenómeno discriminatorio puede presentarse bajo una modalidad que es conocida como discriminación indirecta. Ésta implica que una disposición o actuación neutras en su origen, al momento de ser aplicadas a un contexto determinado, producen un efecto perjudicial para un sector protegido por la cláusula antidiscriminatoria. Sáez sostiene que "la construcción del concepto de discriminación indirecta, en primer lugar, pone el acento en el efecto de la medida, y la intencionalidad discriminatoria es irrelevante. En segundo lugar, conlleva un concepto de igualdad de oportunidades. Y en tercer lugar, descubre y considera la dimensión supra individual del fenómeno discriminatorio. Dentro de la teoría de las discriminaciones indirectas la comparación no se verifica entre singulares individuos de uno u otro sexo, sino entre grupos, delimitados por el factor sexual"

¹²⁵ Fernández Revoredo, Marisol. Ob. Cit. p.228.

El artículo materia de análisis respeta la igualdad de trato. Sin embargo, al ser aplicado a una realidad como la nuestra en la que existen todavía patrones de relación varón-mujer caracterizados por la desigualdad, va a causar un impacto diferencial que va a afectar a las mujeres. Es prácticamente una regla que en las familias sean los esposos los que siempre trabajen fuera del hogar; es más, se puede decir que socialmente no está bien visto que el varón no trabaje y se quede más bien en la casa. En este contexto, resulta poco probable que el esposo solicite autorización al cónyuge para trabajar y que ésta se lo niegue.

Vista así las cosas, no es exagerado afirmar que la autorización para trabajar fuera del hogar se aplicaría solo a las mujeres, con lo cual se configuraría una discriminación indirecta. En efecto, son ellas a las que tradicionalmente se les han asignado las labores del hogar, sobre todo cuando son madres de hijos muy pequeños, por lo que es común que encuentren una negativa a trabajar fuera del hogar.

h). Representación unilateral de la sociedad concubinaria

Debo exponer que, no queda duda de que el Código Civil reconoce la común participación de los cónyuges en la conducción de los intereses de orden personal y económico que crea el matrimonio, efectos personales que también se aplica a la unión de hecho. Esto se traduce en resolver de mutuo acuerdo todo lo relativo a la educación y sostenimiento de los hijos y a la administración de los bienes de la familia.

Como vemos en las uniones de hecho también se da este deber que es propio del matrimonio, y tomando como referencia el comentario expuesto por Arias-Schreiber Pezet¹²⁶, de artículo 294, referente a la representación unilateral de la sociedad conyugal manifiesta que; Antes de abordar este artículo, es pertinente mencionar que el primer párrafo del artículo 290 del Código Civil, referido al gobierno compartido del hogar, constituye la

¹²⁶ Arias-Schreiber Pezet, Max. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Ob. Cit. p.231.

afirmación del principio de igualdad de los cónyuges y el reconocimiento de la común participación en la conducción de los solidarios intereses de orden personal y económico que crea la unión matrimonial. Se supera, evidentemente, el sistema del Código Civil de 1936 que otorgaba la jefatura del hogar al marido, basado en el relativismo de su mejor aptitud para ello. Recuérdese que el Código Civil de 1852 sustentó la potestad marital fundada en la superioridad del marido frente a la mujer.

El gobierno del hogar establecido del modo antes descrito, determina que ambos consortes, dentro de sus respectivos roles y de un igual trato, cumplan los recíprocos deberes que les impone su estado matrimonial. Cualquier divergencia que pudiera surgir entre los cónyuges puede ser planteada ante el juez, quien deberá resolver lo conveniente al interés familiar.

Dentro de la orientación legislativa seguida por nuestro Código, resulta interesante e ilustrativo citar el artículo 167 del Código Civil mexicano: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos".

Entre otros deberes personales semejantes al matrimonio, tenemos a:

- a) Las Obligaciones Comunes de las parejas que viven bajo este régimen, se obligan mutuamente a alimentar y educar a sus hijos, b) Las parejas, se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, c) Cohabitación. Es deber de ambos concubinos propios, hacer vida en común en el domicilio señalado por ambos, d) ambos convivientes, tienen el deber y derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo, e) Sostén de la Familia. Si uno de los convivientes se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro.

B. Régimen Patrimonial de la Unión de hecho.

El Régimen patrimonial en las uniones de hecho, conforme regula la normatividad peruana, establece que se origina una sociedad de bienes, similar al régimen económico del matrimonio de la sociedad de gananciales invita a preguntarnos si la norma alude a un plazo mínimo de dos años cumplido el cual recién opera la sociedad de bienes, o si cuando transcurre el periodo legal citado, el lapso intermedio también otorga la protección legal siempre que se reúna el plazo.

Es clara la norma, ya que los bienes no tendrán nunca el carácter de sociales; si no se cumple el plazo de dos años, ya que para la configuración de la sociedad de bienes resulta necesario cumplir el periodo legal citado.

Entonces en el supuesto de que no cumplan con el plazo establecido, los bienes adquiridos, tendrán como únicos titulares a quienes efectivamente los adquirieron, pero si en caso sólo figurasen a nombre de uno de ellos el bien adquirido por ambos, el otro debe acreditar haber aportado económicamente, ejerciendo su derecho judicialmente la declaración de copropiedad en la proporción que le corresponda, establecida por el Juez; en cambio, una vez transcurrido el plazo de dos años, los bienes que se adquieren dentro de la unión de hecho se consideran bienes sociales que se sujetarán al régimen de sociedad de gananciales conforme así lo establece el primer párrafo del artículo 326° del Código Civil peruano vigente.

Como se puede observar nuestra realidad nacional, resulta evidente que la unión de hecho va intercalando durante los años de convivencia en que ésta se prolonga y de forma ineludible, notoria y pública una serie de intereses extra patrimoniales y patrimoniales. La mayor parte de los problemas de carácter patrimonial a que dan lugar las uniones se producen cuando ésta llega al fin, es decir, cuando la unión de hecho se extingue. Y especialmente, cuando uno de los concubinos (casi siempre, quien se ha ocupado de la familia: el varón; del hogar y los hijos: la mujer) quedando en la realidad en

peor disposición económica respecto al otro. Al terminar la convivencia, entre los problemas que se suscitan, adquiere especial importancia no sólo el significado jurídico de los servicios prestados por uno de los concubinos al otro, sino también el destino final de las aportaciones de uno y otro a la familia o al hogar, así como el destino de las adquisiciones o patrimonios a cuya constitución han cooperado ambas parejas directa o indirectamente. Generalmente este problema surge cuando no existe convenio que rijas las relaciones patrimoniales de los concubinos y cuando los bienes inmuebles adquiridos durante la unión de hecho figura muchas veces a nombre de un solo concubino y el otro pretenda que integran un patrimonio común que ha de ser liquidado, situación que para ejercer dicho derecho previamente debemos iniciar un proceso judicial de reconocimiento de unión de hecho en vía procedimental de conocimiento que dura aproximadamente cuatro a seis años.

Estos problemas, frecuentes en la actualidad, y que centran la atención esta investigación, se agudizan por el hecho de que no exista una normativa específica que se ocupe de regularla de una forma completa y sistemática, lo que ha dado lugar a que sea la Jurisprudencia la que hasta ahora ha venido dando soluciones caso por caso.

Como se puede apreciar nuestra legislación vigente al regular el ejercicio del derecho al régimen patrimonial nos deja un vacío en forma parcial, porque no dispone en forma clara, como se debe ejercer el derecho económico que genera la unión de hecho; y tomando en cuenta como ejemplo la referencia legal al código de familia de la república centroamericana de el salvador¹⁵, resolviendo este problema regula en su art. 123.- disponiendo lo siguiente “Para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial, se requiere declaración judicial previa de sus existencia. Dicha declaración procederá al acceder el fallecimiento de los convivientes o la ruptura de la unión.

¹⁵ Saura, Luis Fernando. Uniones Libres y la configuración del nuevo Derecho de familia. Tirant lo blanch. Valencia 1995. Pag.145.

Siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para hacer uso de cualquiera de los derechos otorgados por este código, aquella declararse judicialmente.

Con la presente investigación pretendemos abreviar y acelerar el ejercicio del derecho económico que origina la unión de hecho, proponiendo la regulación legal del reconocimiento de la unión de hecho en vía sumarísima si es judicial y con acuerdo voluntario con simple la inscripción en el registro de las uniones de hecho.

La llamada “sociedad de bienes” o “comunidad de bienes”: Reglas para resolver un misterioso concepto¹²⁷.

El Código civil, inspirado en el artículo 9 de la Constitución del año 1979, denomina sociedad de bienes a esa realidad conformada por las propiedades de los concubinatos “propios” o “perfectos”, mientras que el artículo 5 de la actual constitución de 1993 la califica como comunidad de bienes: “la unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. Este régimen de bienes no ha sido, en mi concepto, suficientemente explicado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Respecto a la posición tomada por el autor, ***sí se encuentra plenamente explicado en el artículo 326 del Código Civil vigente, y claramente establece que, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, la pareja que conforma la unión de hecho debe estar libre de impedimento matrimonial, siempre en cuando que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos, en consecuencia debo entender, que se debe aplicar a la unión de hecho el régimen patrimonial regulada en el artículo 301 del Código Civil.***

¹²⁷Vega Mere, Yuri. En ensayo: Pautas para la Definición del Régimen Económico de la unión de hecho. Observatorio de Derecho Civil. La Familia. Volumen II. Motivensa-Editora Jurídica. 2010. p.81.

Por su parte, Gallegos Canales y otra¹²⁸ al comentar el artículo 326 respecto al régimen patrimonial exponen de la siguiente manera.

Régimen de sociedad de gananciales en caso de unión de hecho o concubinato.

Lo relativo al régimen de sociedad de gananciales en caso de unión de hecho o concubinato se halla contemplado en el artículo 326 del Código Civil, conforme al cual:

- A) La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una **sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales**, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.
- B) La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.
- C) La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan **de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales**.
- D) Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo (art. 326 del C.C.), el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido. Sobre el particular, el Código Civil prescribe: A. que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a

¹²⁸ Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe. Rebeca S. Ob. Cit. p. 158.

indemnizarlo (art. 1954 del C.C.); y B. que la acción a que se refiere el artículo 1954 del Código Civil (acción de enriquecimiento sin causa o de enriquecimiento indebido) no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización (art. 1955 del C.C.).

En conclusión, el cumplimiento de los requisitos establecidos para la unión de hecho en la normatividad civil, origina de pleno derecho la sociedad de bienes, sin que requiera la declaración judicial en este sentido ni de la manifestación de voluntad expresa de sus integrantes.

Los efectos patrimoniales derivados de la crisis y ruptura de la unión de hecho por decisión unilateral o por muerte de uno de los concubinos, en el caso de la extinción de la unión de hecho por decisión unilateral de uno de los convivientes, la ley contempla que el exconviviente abandonado puede exigir una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos. Lo primero tiene por objeto reparar los daños que pueda sufrir el abandonado como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de los sentimientos, etc. Lo segundo tiene por finalidad contrarrestar las dificultades económicas que enfrente el abandonado para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades alimentarias al concluir la convivencia, a propósito de la conducta del abandonante que demuestra la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de su obligación natural de alimentos¹²⁹.

Mesa Marrero¹³⁰ expone que, en países como Italia y Francia, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia admite la validez de las atribuciones patrimoniales efectuadas tras la ruptura de la unión para atender el mantenimiento de uno de los convivientes, pues trata de prestaciones realizadas en cumplimiento de una obligación natural.

¹²⁹ Placido V. Alex F. Ob. Cit. pp. 398-399.

¹³⁰ Mesa Marrero, Carolina. Ob. Cit. p. 238

6.1.2.4.- Elementos de la unión de hecho.

Placido¹³¹, los denomina elementos integrantes de la unión de hecho y expone de la siguiente manera:

El rasgo que, decididamente, distingue una unión de hecho de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación. Si los convivientes carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de una unión de hecho para los diversos efectos que ésta puede invocarse en el ámbito jurídico. En concordancia con lo expuesto, la norma constitucional señala que los convivientes “forman un hogar

6.1.2.5.- La posesión constante de estado en la unión de hecho.

Debemos decir que el título de estado, viene a ser la prueba legal del estado familiar, que es el medio idóneo contemplado en la legislación para acreditar determinado estado. La concordancia plena entre título y posesión de estado debería conformar la situación regular de la persona respecto a su estado de familia. El estado de familia sólo puede probarse a través de un instrumento público. En el caso de las parejas que viven bajo el régimen de la unión de hecho el título de estado se ve materializado en la sentencia judicial declaratoria de unión de hecho, para ejercer los derechos patrimoniales que esta institución origina.

6.1.2.6.- La Prueba de la existencia de la unión de hecho.

La prueba de la existencia de la unión de hecho, se acredita con cualquier medio probatorio regulado en el Código Procesal Civil. El artículo 326^a del Código Civil peruano, en el segundo párrafo, establece en forma clara que prevalecerá la prueba escrita. Acreditándose además por cualquier otro medio probatorio establecido en el ordenamiento procesal, como por ejemplo una prueba documental o pruebas testimoniales.

¹³¹ Placido V, Alex F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 250.

Debemos manifestar que, en la prueba de existencia de la unión de hecho, un concepto trascendental es la posesión de estado, es decir el goce de hecho de un estado familiar, con título o sin él, que dan validez el ejercicio de los derechos y obligaciones propios de una situación familiar, con prescindencia que quien ejerce tenga el título de estado o carezca de él. Tradicionalmente, se dice que para acreditar tal situación se requiere que cumpla tres elementos fundamentales: 1. El nombre, es decir la identidad de los miembros de la unión de hecho 2. El trato, a conducta de las personas que viven bajo este régimen, es decir el trato de amor que tienen ambos y 3. La fama, Que es el reconocimiento y legitimación social que realiza la comunidad a ese estado de familia de unión de hecho.

Al surgimiento de los efectos jurídicos que se originen entre las parejas de la unión de hecho, por termino de la unión de hecho por decisión unilateral o muerte de uno de ellos, como el ejercicio del Derecho alimentario o indemnización de daños, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejercitan tales acciones; no requiriéndose su previo reconocimiento judicial o notarial hoy en día. Mientras que con relación a los efectos patrimoniales que se reclamen entre las parejas de la unión de hecho o frente a terceros, es decir el régimen de sociedad de gananciales, consideramos que en el mismo proceso judicial donde se ejercen el Derecho patrimonial de la unión de hecho, podría acreditarse la existencia de la unión de hecho.

Es decir, la prueba de la existencia de la unión de hecho, va estar dirigida a acreditar, fuera de un proceso judicial o dentro del mismo, que un hombre y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida en común libre de impedimentos matrimoniales durante dos años,

Una precisión importante respecto de los medios probatorios es que la partida de matrimonio religioso, si bien no surte efectos civiles, acredita la existencia de una unión de hecho, criterio que lo encontramos contemplado

por el Tribunal Constitucional en la sentencia correspondiente al Exp. N° 498-99-AA/TC-Cajamarca, del 14/042000¹³².

6.1.2.6.1.- El problema del reconocimiento y probanza de la unión de hecho.

La unión de hecho en el Perú es reconocido como estado generador de derechos en el artículo 9° de la Constitución Política de 1979 y actualmente regulado en el artículo 5° de la Constitución del año 1993.

1.- Reconocimiento legal.

A. Reconocimiento legal en el Perú.

La primera normatividad legal que regula el reconocimiento de la unión de hecho como institución por efecto de transcurso del tiempo de dos años es la constitución política del Perú del año 1979.

Antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1979, existió el problema en el cómputo del plazo para el reconocimiento de las uniones de hecho.

Como es de conocimiento jurídico para este problema jurídico social, las normas no se pueden aplicar solamente a los hechos producidos a partir de su vigencia, desamparándose los hechos producidos antes de ella. De tal modo, que si las uniones de hecho comenzaron antes de la vigencia de la Constitución de 1979, se les deberá aplicar el cómputo desde aquel instante.

Como se puede observar en nuestro país existen jurisprudencias, que los magistrados aplicando e interpretando en forma correcta la norma resolverán los problemas existentes, así tenemos por ejemplo que:

¹³² Citado por Varsi Rospigliosi, Enrique. Ob. Cit. p. 423.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara fundado el recurso de casación del Expediente N°. 3243-2000, sobre la interpretación errónea del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, sosteniendo que la Corte Superior debió declarar la convivencia desde el dieciocho de junio de mil novecientos setenta y tres hasta el primero de mayo de mil novecientos noventa y uno y no como lo hizo desde el veintiocho de julio de mil novecientos ochenta. Se debió aplicar lo establecido en el artículo 2121° que señaló a partir de su vigencia se aplicará inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes¹³³.

2.- Probanza de la posesión constante del estado de unión de hecho.

Conforme se puede apreciar y analizar el Código Civil del año 1852, le reconoció efectos civiles al matrimonio canónico, posteriormente fue modificada la legislación, estableciéndose de esta forma el matrimonio civil obligatorio hasta la actualidad. Esta derogatoria ha originado que muchas personas casadas por religioso se encuentren aparentemente en situación de uniones de hecho, pese a que existió sanciones penales para los párrocos que casaban sin solicitar la partida de matrimonio civil, la protección legal para estas personas fue la simple presentación de la Partida de Matrimonio religioso, como medio probatorio idóneo de la posesión constante de estado concubinario.

¿Para acreditar la posesión constante de estado sirve la partida de matrimonio religioso? La Partida de matrimonio religioso es un documento idóneo para acreditar la unión o posesión constante de estado, aún cuando carezca de efectos civiles.

El Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional declara fundada la Acción de Amparo del expediente N° 498-99-AA/TC, interpuesta con la finalidad de proteger el derecho fundamental a la propiedad de un

¹³³ Gaceta Jurídica. Dialogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial Número 46 julio 2002. pp. 137-138.

inmueble donado por uno de los convivientes a la Municipalidad de Cajamarca, debido a que se encuentra dentro del Régimen de una Sociedad de Gananciales. De autos se desprende, que es una unión de hecho que cumple con los requisitos legales y que a efectos de acreditar la posesión constante de estado, presenta la copia certificada de la Partida Parroquial de Matrimonio.

El Tribunal sostiene que en ningún momento la parte demandada niega la existencia de una unión de hecho y que la discrepancia radica en una cuestión de derecho consistente en determinar si la partida de matrimonio religioso es o no un documento idóneo para acreditar la posesión constante de estado. El tribunal entiende que dicho documento, aun cuando no genera efectos civiles en virtud del artículo 2115 del Código Civil, si se puede acreditar perfectamente la unión de hecho, conservando mérito probatorio aunque carezca de efectos civiles¹³⁴.

La jurisprudencia nacional considera que la constancia de matrimonio religioso por si sola, no es suficiente para acreditar la existencia de una unión de hecho, sino que se requiere previamente acreditar el cumplimiento de los requisitos legales.

La sala civil de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia por la no casación del Recurso de Casación N° 3021-2001-Lima, referente a la interpretación errónea del artículo 326° del Código Civil, argumentando que la unión de hecho se entenderá como fehacientemente constituida sólo a través de un proceso judicial en el que se la declare como tal, previo cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 326° del acotado código; y en donde la constancia de matrimonio religioso constituye prueba que puede conllevar a la declaración de tal estado¹³⁵.

¹³⁴Gaceta Jurídica. Dialogo con la jurisprudencia. Número 23 agosto 2000. Ob. Cit.

¹³⁵ Gaceta Jurídica. Dialogo con la Jurisprudencia. Número 46. 2003. Ob. Cit. pp 282-283.

3.- Probanza de la existencia de la unión de hecho.

En el Derecho comparado no existe problema alguno para acreditar la existencia de las uniones de hecho, ya que el reconocimiento es voluntario con la inscripción de la unión en los registros de la unión de hecho, conforme se pretende incorporar en nuestro derecho familiar con la presente investigación, indudablemente con todos los requisitos exigidos por ley, tales como por ejemplo que la unión sea libre de impedimentos matrimoniales.

Para Peralta Andía¹³⁶, analizando la legislación vigente, expone que; constituye todo un problema acreditar la existencia de las uniones de hecho. La prueba de su existencia se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos. Sobre el particular se advierten los criterios siguientes.

- a) Amplio, según el cual para probar la existencia de una unión de hecho puede recurrirse a cualquier medio probatorio, inclusive a la sola prueba testimonial.
- b) Restringido, que según esta postura la prueba no sería posible sino existe principio de prueba escrita, por consiguiente, la prueba testimonial es insuficiente.

Analizada estos dos criterios, debo manifestar que referente al primer punto es acertado para el derecho comparado, ya que nuestro derecho interno toma como postura el segundo criterio, conforme lo exige el artículo 326° del Código Civil, dice que debe haber principio de prueba escrita, la pregunta es ¿Qué prueba escrita exige? Si las partidas de nacimiento y de defunción, sólo son medios probatorios que acreditan la relación paterno filial, más no acreditan una unión de hecho.

¹³⁶ Peralta Andía, Javier Rolando. Ob. Cit. p. 128.

En el expediente N° 4553, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento confirma la sentencia apelada, sosteniendo que no se halla acreditada la alegada Sociedad de Hecho, toda vez que las testimoniales presentadas en audiencia de pruebas resultan insuficientes, si se tiene en consideración que para acreditar la posesión constante de estado, se requiere el principio de prueba escrita conforme al segundo párrafo del artículo 326° del Código Civil¹³⁷.

Conforme a la interpretación de la ultima parte del segundo párrafo del artículo 326 y el expediente citado en el párrafo precedente, es evidente que el derecho familiar peruano, asume la tesis restringida, al establecer como requisito de prueba de la existencia de la unión de hecho, el principio de la prueba escrita; lo que aparentemente invalida el ofrecimiento de pruebas testimoniales, como son la declaración de testigos y la declaración de parte, u otros medios probatorios como por ejemplo pruebas documentales como videos por ejemplo, situación contradictoria, pese a que inicialmente el segundo párrafo del Art. 326, establece que la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquier medio probatorio admitido por la ley procesal.

6.1.2.7.- La extinción de la unión de hecho.

La unión de hecho se extingue, conforme así lo establece en el tercer párrafo del artículo 326° del Código Civil peruano, por las siguientes causas:

1.- Por muerte de uno de las parejas que se encuentran bajo este régimen.

Debemos entender que, la extinción de la unión de hecho por causa de muerte, no sólo se refiere a la muerte física, sino a la muerte presunta,

¹³⁷ Ledesma Narvaez, Marianela. Jurisprudencia Actual V. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. P. 118.

declarada judicialmente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63° y ss. Del Código Civil peruano.

Es decir muertos físicamente o declarada judicialmente la muerte presunta de una o ambas parejas que viven bajo este régimen, la unión de hecho termina, la pareja viva en estos casos al no tener Derechos sobre la herencia del consorte difunto, tendría derecho a solicitar una pensión alimenticia, demostrando que en vida lo ha servido, como también según jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional, tiene Derecho a pensión de sobrevivencia conforme así lo establece la Ley 19990.

2.- Por ausencia de cualquiera o ambas partes.

Debo mencionar que, para declarar la ausencia de una de las partes integrantes de la unión de hecho, se requiere que se desconozcan noticias de su paradero durante dos años, conforme así lo dispone el artículo 49° y ss. Del Código Civil.

3.- Por mutuo acuerdo de ambas partes.

Cuando la normatividad dice que la unión de hecho se extingue por mutuo acuerdo, se entiende claramente que es por acuerdo convencional de ambas partes, que deciden terminar la unión de hecho utilizando el dialogo, sin que ninguno de ellos se perjudique con el termino de la unión.

Es decir por acuerdo convencional de ambos concubinos y/o parejas de hecho.

4.- Por decisión unilateral de una de las partes.

Cuando la unión de hecho termina por decisión unilateral de una de las partes. En este caso, la legislación establece que, sin perjuicio de los derechos que resulten de la aplicación de las normas sobre el régimen de la sociedad de gananciales, la pareja abandonada tiene derecho a elegir entre

una indemnización a cargo del abandonante o una pensión alimenticia, sin perjuicio de los derechos patrimoniales que genera la unión de hecho.

En caso de extinción de la unión de hecho por decisión unilateral de uno de los convivientes conforme expone Plácido¹⁷, la ley contempla que ***el ex conviviente abandonado puede exigir una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos***. Lo primero tiene por objeto reparar los daños que pueda sufrir el abandonado como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de los sentimientos, etc. Lo segundo tiene por finalidad contrarrestar las dificultades económicas que enfrente el abandonado para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades alimentarias al concluir la convivencia, a propósito de la conducta del abandonante que demuestra la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de su obligación natural de alimentos.

En lo que se refiere a la pensión, ésta se sujeta, en lo que fuere pertinente, a las disposiciones generales del régimen legal alimentario del Código Civil. Ello es así, por cuanto el fundamento ético de la obligación alimentaria es el mismo para los diversos casos contemplados en la ley. En tal sentido, resultan aplicables a la obligación legal de prestar alimentos a favor del ex conviviente abandonado las disposiciones sobre la fijación de los alimentos (artículo 481), el criterio para el incremento o la reducción de la pensión alimenticia (artículo 482), los parámetros para la exoneración del obligado a prestar los alimentos (artículo 493) y los casos en que se extingue la obligación alimentaria (artículo 486)¹⁸.

Por otro lado, el juez considerará las circunstancias personales del alimentante y del alimentista al momento de regular los alimentos. Esas circunstancias personales podrían determinar en algunos casos, la cesación de la obligación de prestarlos.

¹⁷ Plácido V. Alex F. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. Ob. Cit. p. 398.

¹⁸ Ibidem.

Con relación a los ex convivientes, las circunstancias personales que podrían presentarse serían o que uno de ellos contraiga matrimonio o que mantenga una nueva unión de hecho. Al respecto, si es el ex conviviente abandonado (el alimentista) el que contrae nupcias o mantiene una nueva unión de hecho, resulta claro que la obligación alimentaria que pesa sobre el ex conviviente abandonante (el alimentante) debe cesar por corresponder, ahora, la prestación de alimentos al cónyuge o al nuevo compañero, según el caso. El primero asume la obligación legal de dar alimentos a su consorte, en atención al deber de asistencia que señala a los cónyuges el artículo 288 del Código Civil; mientras que el segundo adquiere la obligación natural de prestar alimentos a su compañero, implícito en el artículo 326, primer párrafo, del Código Civil.

En cambio, si es el ex conviviente abandonante (el alimentante) el que contrae matrimonio o mantiene una nueva unión de hecho, es manifiesto que la obligación legal alimentaria a favor del ex conviviente abandonado (el alimentista) debe continuar por seguir presente el estado de necesidad que determinó la fijación de la pensión de alimentos, presupuesto ético que es el fundamento último para su regulación en la ley, sin que tales acontecimientos afecten tal circunstancia. Así, si el ex conviviente abandonante (el alimentante) se casa, atenderá la obligación alimentaria que la ley impone con los bienes de su matrimonio; por cuanto, el artículo 316, inciso 2, del Código Civil dispone que "son de cargo de la sociedad de gananciales: los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas". Si se encuentra en el régimen de separación de patrimonio, la obligación alimentaria a favor de su ex conviviente abandonado (el alimentista) es una deuda personal y será pagada con sus propios bienes, de acuerdo con el artículo 328 del Código Civil. Ahora, si el ex conviviente abandonante (el alimentante) sostiene una unión de hecho, atenderá la obligación de dar alimentos impuesta por la ley con los bienes de dicha unión, a la que resulta pertinente aplicar la disposición del régimen de sociedad de gananciales citada, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución concordado con el artículo 326, primer párrafo, del Código Civil.

Debo manifestar además, si fallece uno de los concubinos, el concubino sobreviviente, además de ejercer su derecho patrimonial del 50% del Régimen de sociedad de gananciales originados por la unión de hecho, al no tener derecho hereditario de su causante concubino, tiene derecho a recibir un monto económico por alimentos, acreditando su estado de necesidad al haber servido a su concubino en vida, además si el causante tuvo en vida derecho a pensión por seguro social, legalmente reconocida hoy en día la concubina tiene derecho pensionario.

Cuando el o la perjudicada por la decisión unilateral, decide por la indemnización, según Alex Placido, expone que tiene por objeto reparar los daños que pueda sufrir el abandonado como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de los sentimientos, etc.¹³⁸ Debemos entender cuando se habla de daño a raíz de la extinción de la unión de hecho por decisión unilateral, nos referimos específicamente al daño extra patrimonial de la víctima, es decir daño personal (moral y psicológico).

Vega Mere, comenta en forma amplia sobre este punto y expone lo siguiente¹³⁹. Respecto de la indemnización, la escasa doctrina es bastante concisa. Mientras CORNEJO CHÁVEZ no dice nada, PLÁCIDO señala que tal reparación se ordena como consecuencia de la frustración del proyecto de vida, la aflicción de sentimientos, etc. Parece que PLÁCIDO encuentra como fundamento de dicha indemnización la mitigación del daño a la persona o del daño moral. Creo que la norma va más allá. En efecto, la disolución por ruptura unilateral-sin perjuicio de la liquidación de la comunidad de bienes- no solo causa perjuicios personales o morales. Y aquí me quiero servir de la llamada indemnización compensatoria de la legislación española, tanto del Código Civil hispano como de la legislación autonómica de Cataluña sobre parejas estables (ZAMBRANO). La ley catalana de 1998 establece una interesante compensación económica al término de la convivencia a favor de aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el

¹³⁸ Placido V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 258.

¹³⁹ Vega Mere, Yuri. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas T. II. Derecho de Familia-Primera Parte. Gaceta Jurídica. p. 419.

hogar común o para el otro conviviente, cuyo fin es atender una eventual situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y, además (creo), para poder subvenir los requerimientos de quien carece de una fuente de ingresos. La idea me parece fascinante debido a que no siempre, al momento de liquidar la comunidad de bienes, los jueces considerarán que la dedicación de uno de los cónyuges al hogar le significará una pérdida de oportunidades que podría tener consecuencias negativas al momento en que el abandonado ya no cuente con los ingresos de quien aportaba al hogar de hecho. Además, encaja, en mi opinión, con el sentido que debe tener la indemnización a la que se refiere el artículo 326 pues, siendo una alternativa a la pensión alimenticia, no se la debe limitar a la simple reparación del daño personal o del daño moral. Pero siempre dentro de la causa del cese de la unión: el abandono, que no es el supuesto de las leyes españolas antes referidas.

Si la persona abandonada por la decisión unilateral, decide por la pensión alimenticia, generalmente es para contrarrestar las dificultades económicas que pueda estar pasando la perjudicada, esta con la finalidad de atender sus necesidades alimentarias básicas al terminar la unión de hecho.

a) Efectos de la extinción.

Producido la extinción por cualquiera de estas causas, debe liquidarse el régimen patrimonial de la unión de hecho de acuerdo a las normas del régimen de sociedad de gananciales, pero para ejercitar este derecho, previamente debe declararse judicialmente la unión de hecho de acuerdo a la legislación vigente, salvo de la extinción por acuerdo convencional, ambos concubinos pueden acudir a un notario o conciliador familiar, para ejercer el derecho al régimen patrimonial de la unión de hecho, suscribiendo una Escritura Pública de División y Partición de los bienes como si fuera una co-propiedad, **mientras que con la propuesta de nuestra investigación verdaderamente se ejercería el derecho económico y todos los demás derechos con la simple inscripción voluntaria en un registro de unión de hecho, declarándose de esta forma extrajudicialmente la unión de hecho**

y si no hubiere acuerdo voluntario o por muerte de uno de ellos se declarará judicialmente la unión de hecho en vía procedimental sumarísima antes el juez de familia competente más ya no en vía procedimental de conocimiento que demora más de cinco años aproximada en nuestro país.

En relación con los efectos de la ruptura de las parejas de efecto debe advertirse, de antemano, que los problemas derivados de la misma son muy similares a los que se plantean en las crisis matrimoniales, lo que, en principio, podría justificar un tratamiento común de ambas situaciones.

Sin embargo, no es éste el criterio de la jurisprudencia, al menos, en los conflictos surgidos entre los miembros de la pareja, ya que los órganos judiciales niegan una aplicación indiscriminada de la normativa matrimonial, con base en dos argumentos: la falta de igualdad entre realidad matrimonial y extramatrimonial y el respeto a la libertad de los convivientes¹⁴⁰.

6.1.2.8.- Derecho alimentario y la acción indemnizatoria.

A.- Derecho alimentario.

El artículo 326 del Código Civil, innovando nuestra legislación, ha concedido un derecho alimentario a la pareja de hecho (concubino/a propio), cuando la unión de hecho ha terminado por decisión unilateral (entiéndase abandono), por muerte o declaración judicial de muerte. En tal sentido, la abandonada o abandonado y la viuda/o de hecho, en el primer caso, puede solicitarle al que fue su concubino/a una pensión de alimentos, como también puede reclamar a la sucesión hereditaria una pensión de alimentos, explicándose esta norma en tanto que hay un estado de necesidad que cubrir,

¹⁴⁰ Sirva de ejemplo la SAP de Pontevedra de 6 de abril de 1998 que afirma lo que sigue: “(...) *no es una situación equivalente al matrimonio y al no serlo no puede ser aplicada a aquella (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron pudiendo haberse casado lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial*”. Se pronuncia en términos muy similares la SAP de Ciudad Real de 15 de marzo de 1999 y la SAP de Toledo de 13 de octubre de 2000. Se refiere a la falta de equivalencia entre matrimonio y pareja de hecho la SAP de Murcia de 5 de diciembre de 1995. Invocan el respeto a la libertad de los convivientes la STS de 16 de diciembre de 1996, la SAP de Las Palmas de 30 de septiembre de 1998, la SAP de Madrid de 24 de marzo de 1999 y la SAP de Pontevedra de 1 de junio de 1999.

el mismo que aparece o se acentúa a raíz de la separación o muerte de la pareja de hecho. En tanto este derecho persistirá mientras dure el estado de necesidad o se produzca la muerte, o contraiga matrimonio o ingrese a una nueva unión de hecho; aquí tampoco opera la reciprocidad.

Debemos entender que el legislador, cuando regula el derecho alimentario de los convivientes, se consideró que este derecho no sólo debería ser exigible entre personas que tuvieran vínculos de parentesco o familiar; y es bastante justo que las personas que han hecho vida en común bajo el régimen de la unión de hecho, y han sido vistas como marido y mujer ante sus familiares y ante la sociedad, no obstante no estar casados, si se les reconoce el Régimen Patrimonial, con mayor razón debían recíprocamente, en caso de abandono, tener derecho a los alimentos, y que además ejercer este derecho de alimentos es más rápida judicialmente que la acción indemnizatoria judicialmente declarada.

En lo que se refiere a la pensión, está sujeta, en lo que fuere pertinente, a las disposiciones generales del régimen legal alimentario del Código Civil. Ello es así, por cuanto el fundamento ético de la obligación alimentaria es el mismo para los diversos casos contemplados en la ley. En tal sentido, resultan aplicables a la obligación legal de prestar alimentos a favor del exconviviente abandonando las disposiciones sobre la fijación de los alimentos (artículo 481), el criterio para el incremento o la reducción de la pensión alimenticia (artículo 482), los parámetros para la exoneración del obligado a prestar alimentos (artículo 493) y los casos en que se extingue la obligación alimentaria (artículo 486)¹⁴¹.

El derecho alimentario en la unión de hecho a diferencia de lo que pasa en el matrimonio, no existe durante el periodo convivencial. El derecho alimentario entre marido y mujer surge como consecuencia de la constitución del vínculo matrimonial y por regla general se extingue con la muerte de uno

¹⁴¹ Plácido V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 258.

de los cónyuges o por divorcio. En cambio, en la unión de hecho es su conclusión lo que genera tal obligación.

Respecto a los alimentos brindados durante la etapa de la unión de hecho, si bien no existe obligación legal de prestarlos y por tanto no son exigibles, se habla de una obligación moral de atención recíproca en virtud de la cual, en concordancia a lo dispuesto por el artículo 1275º del Código Civil no hay repetición de lo pagado en cumplimiento de dicha obligación.

A.- Acción alimentaria.

Tratándose de la acción de alimentaria, igualmente las opiniones están encontradas. La doctrina negativa sostiene que no pesa sobre el concubino la obligación civil de dar alimentos a su concubina, ni tampoco existe tal obligación en cabeza de ésta; esto ni aun en el caso de extrema necesidad, pues no es posible extender, por analogía, la obligación que existe en tal sentido entre cónyuges, ya que ella deriva exclusivamente del estatuto matrimonial.

En cambio, son partidarios de la doctrina positiva, en nuestro país los doctores Carlos Montoya Anguerry, Jack Bigio Chrem, Roger Cáceres Velasquez y otros que han expresado suficientes razones para que se otorguen alimentos entre quienes han vivido como marido y mujer. También la legislación mejicana, cubana, boliviana, guatemalteca, etc. Se pronuncian afirmativamente¹⁴².

Siguiendo esta línea el código civil actual permite el derecho alimentario del concubinato abandonado y sus requisitos son los siguientes. a) Existencia de una unión concubinaria propia por el tiempo y las condiciones establecidas por la ley. b) Decisión unilateral del abandonante para poner fin a esa unión de hecho. c) Capacidad económica del concubino abandonante. d) Estado de necesidad del concubino abandonado.

¹⁴² Citado por Peralta Andía, Javier Rolando. Ob. Cit. p. 131.

Se entiende que la acción solamente puede ser intentada si no se ha optado por la indemnizatoria y cuando el abandonado no tenga capacidad económica ni este acostumbrada a solventar las necesidades ordinarias del hogar.

Alimentos¹⁴³. Así como durante la convivencia no existía obligación legal de prestarse alimentos, luego de la ruptura los ex convivientes carecen de derecho a todo reclamo alimentario recíproco.

Mientras la pareja comparte el mismo hogar, y uno de ellos han solventado las necesidades del otro, no podrá repetir lo abonado porque se trata del cumplimiento voluntario de una obligación natural.

B.- Acción indemnizatoria.

Al analizar este derecho debo exponer que. El derecho nacional reconoce el derecho de interponer una acción indemnizatoria por daño moral y personal por el concubino perjudicado, y cuyo fundamento jurídico para ejercer su derecho de acción es el establecido en el art. 1969 y ss. del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual.

Comenta Peralta Andía¹⁴⁴. Con respecto a la acción indemnizatoria las opiniones están divididas. La doctrina negativa, sustentada por Belluscio, postula que “no existe obligación natural de pagar daños y perjuicios”, porque sería tanto como admitir legalmente el pretium stupri. Empero, la doctrina positiva, mantenida por la mayor parte de los autores, autoriza esta acción sobre todo porque se causa al abandonado no solo un daño moral o personal, sino también de índole patrimonial.

Los requisitos para intentar la acción indemnizatoria por daño moral son: a) Existencia de una unión concubinaria propia por el tiempo y las

¹⁴³ Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. p. 178.

¹⁴⁴ Peralta Andía, Javier Rolando. Ob. Cit. pp. 131-132.

condiciones establecidas por la ley. b) Decisión unilateral o arbitraria por parte de uno de ellos para poner fin a esa unión concubinaria. c) Existencia de un daño personal o moral en el abandonado. d) Relación de causalidad entre el acto responsable y el daño.

Los argentinos Medina y Mendelewics, exponen que la simple ruptura del concubinato no da derecho a indemnización alguna porque no existe ningún deber jurídico de vivir en unión de hecho, y diferencia de lo que ocurre con la ruptura del matrimonio por las causales contempladas en el artículo 202 del Código Civil, la ruptura no puede considerarse un acto ilícito que genere obligación de indemnizar al otro conviviente¹⁴⁵.

6.1.2.9.- Declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

El artículo 4002, inciso 3, expresa que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para tal efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados, hacen vida de tales. Se refiere al concubinato en sentido amplio que involucra tanto al propio como impropio¹⁴⁶.

Entonces sus requisitos son: a) Existencia de una unión concubinaria propia o impropia, pero tratándose de éste último, si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo podrá admitirse la acción en caso de que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable. b) Que el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción c) Que el presunto padre concubino se haya negado a reconocerlo voluntariamente. d) Que lo declare el órgano jurisdiccional¹⁴⁷.

Como podemos verificar nuestra constitución política vigente, protege a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, dándoles iguales derechos.

¹⁴⁵ Medina, Graciela y Mendelewicz, José Daniel. Responsabilidad por disolución del concubinato. Observatorio de Derecho Civil-La Familia. Volumen II. Motivensa Editora Jurídica. p. 262.

¹⁴⁶ Peralta Andía, Javier Rolando. Ob. Cit. p 132.

¹⁴⁷ Ibidem.

La legislación Argentina, describe como. Presunción de Paternidad.- El art. 257, Cód. Civ. (texto según ley 23.264), determina –transformando en legal la presunción que había sido admitida por la jurisprudencia– que “el concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario¹⁴⁸.

Esto significa que la apariencia de matrimonio lleva a aplicar una presunción similar, no igual, a la que rige luego del casamiento respecto del marido de la madre. Digo similar y no igual, porque en el caso del matrimonio la inscripción del hijo, atribuyendo la paternidad al marido de la madre, puede ser realizada sin intervención de éste con la acreditación del nacimiento y el acta matrimonial¹⁴⁹.

La existencia de hijos fruto de la convivencia extramatrimonial no constituye un elemento indispensable para el reconocimiento jurídico de la misma. No cabe duda de que los hijos pueden otorgar a la unión una apariencia de estabilidad mayor que si éstos no existieran. Sin embargo, no se debe condicionar la atribución de efectos jurídicos de una unión de hecho a que exista descendencia. En esta línea, se afirma que no es necesario que existan hijos para que una unión estable sea protegida jurídicamente¹⁵⁰.

6.1.2.10.- El Derecho Hereditario.

Los textos que a continuación se describen, fueron efectuados por el investigador antes de la entrada en vigor de la Ley N° 30007, publicado el 17 de abril del año 2013, norma que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil.

Como se puede observar el artículo 326° y el libro IV que regula el Derecho de Sucesiones y la jurisprudencia nacional, no establecen el derecho hereditario en las uniones de hecho, pero según investigación efectuada por el

¹⁴⁸ Bellusscio, Augusto César. Ob. Cit. p. 435.

¹⁴⁹ Azpiri Jorge O. Ob. Cit. p. 89.

¹⁵⁰ Mesa Marrero. Carolina. Ob. Cit. 48.

autor, este derecho sólo estaba regulada en algunas legislaciones comparadas, situación jurídica que a mi entender genera iguales derechos generados por la unión matrimonial, originando la desinstitucionalización del matrimonio. Claro es evidente que en otros supuestos originados de la unión de hecho como por ejemplo "si una persona vive en unión de hecho y tiene hijos, los únicos herederos serán los hijos y no hay usufructo a favor de la concubina; o si vivo en unión de hecho y no tengo hijos pero tengo padres, los herederos forzosos deben ser los padres y no la pareja que vivió en el régimen de la unión de hecho"¹⁵¹.

Para que los miembros de las uniones de hecho tengan derecho hereditario, la única forma es que, ellos mismos tendrían que establecerlo. "Es imprescindible. Tienen que elaborar un testamento a favor de su pareja de hecho si quieren que hereden sus bienes, pues en caso contrario no recibirán, ni heredarán nada legalmente. Serán los descendientes o ascendientes los herederos universales y/o forzosos de los bienes del causante".

Al no estar protegidas las uniones de hecho por el derecho hereditario, si se encuentran desprotegidas en el supuesto de extinción de la unión de hecho al tener la posibilidad de tener derecho a pensión de alimentos y pensión del seguro social conforme así lo disponen sentencias emitidas por el tribunal constitucional, amparadas en el D. Ley 19990.

Es decir, si las parejas de hecho no elaboran testamento alguno, el viudo o viuda conviviente no hereda nada, los hijos reciben el 100% de la herencia y en el caso de que no haya hijos, pero sí padres, éstos heredarán todos los bienes. Además, si existe una vivienda común, en estos casos si el concubino sobreviviente debe ejercer su derecho económico de la unión de hecho previo reconocimiento de la unión de hecho teniendo el 50% de la vivienda si ésta era de los dos miembros de la pareja.

¹⁵¹ En el Derecho Peruano las uniones de hecho no originaban Derecho Hereditario antes de la modificación del artículo 26° del Código Civil año 2013. Comentario efectuado por el investigador.

No hay vocación hereditaria intestada entre convivientes en ningún caso, aunque la unión marital de hecho se haya prolongado a través del tiempo¹⁵².

Legados¹⁵³. Lo dicho respecto de las donaciones, es aplicable al legado que, en su testamento, uno de los concubinos hiciere a favor del otro. Sin embargo, para analizar si medió la libre voluntad de beneficiar o, en cambio, un estado de coacción en el testador, debe advertirse que hasta el momento de su muerte, éste pudo revocar por testamento posterior el legado anteriormente hecho, y aun mantener el nuevo testamento fuera de la esfera de conocimiento del otro sujeto.

Sin embargo Peralta Andía¹⁵⁴ comenta que, el tema de los derechos sucesorios entre concubinos ha sido materia de debate a nivel de la comisión revisora. Se expreso que el otorgamiento de derechos hereditarios tendría como consecuencia borrar una de las diferencias que existe respecto a las personas casadas, y por lo tanto desalentaría el casamiento. En ese sentido, el doctor Fernando Arce, expreso que el artículo 9º de la Constitución Política del Perú, se ha recogido como una necesidad social, pero que sus efectos deben limitarse al régimen de la sociedad de gananciales, y no extenderse en ningún caso al ámbito hereditario.

Entonces la constitución, ni el código civil peruano han concebido a los concubinos derecho hereditario alguno, sin embargo, los artículos 723 y 826 aluden de algún modo al concubinato. Al comentario efectuado en la última parte de este párrafo debo contradecir al autor y manifestar que, los artículos mencionados en ningún momento aluden de ninguna forma al concubinato, ya que se refieren en forma directa al matrimonio, conforme se establece la norma de la siguiente manera.

¹⁵² Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. p. 186.

¹⁵³ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. Ob. Cit. p. 429.

¹⁵⁴ Peralta Andía, Javier. Ob. Cit. pp. 103-104.

Art. 723°.- La legítima constituye la parte de la herencia de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Art. 826°.- La sucesión que corresponde al viudo o a la viuda no procede, cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho.

El artículo 732 suprime para el concubinato sobreviviente los derechos reales de habitación y usufructo sobre el inmueble que constituyo el hogar conyugal (derecho de habitación en forma vitalicia gratuita, daría en arrendamiento con autorización judicial, percibir una renta para sí, etc.) si éste contrae nuevo matrimonio, vive en condiciones o muere.

Al respecto el artículo en comentario si en forma breve refiere al concubinato en su tercer párrafo para efectos de ejercer este derecho.

Expone el autor; en cambio el artículo 826 del preceptúa que la sucesión que corresponde al viudo o la viuda no procede, cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio hubiera sido celebrado para regularizar una situación de hecho. Este precepto no privilegia a concubino concediéndole un derecho sucesorio, sino que se le concede a aquél que ha dejado de ser concubino por haber trocado su situación de hecho en una de derecho contrayendo matrimonio civil.

En el Perú el 60% de familias están formadas en base a uniones concubinarias, que el derecho no puede ignorar, ni marginar porque crea una situación de incertidumbre jurídica para estas parejas, sobre todo después que se produce el deceso de ellos.

Ante la muerte de uno de los concubinos, no puede darse la situación que el patrimonio del fallecido no vaya a parar en manos de su concubina o concubino, siendo esta persona con la cual paso muchos años de su vida.

Francamente que resulta injusto dejar de lado a la persona que convivió e hizo vida en común con el concubino o concubina fallecido (a), por que uno que pasó penurias con esa persona por varios años ve como el esfuerzo que hizo, se consiguió constituir un patrimonio, pero se vería privado a acceder a ello porque por desgracia nuestra legislación no toma en cuenta esta situación, que de veras refleja una injusticia.

Aunque algunos integrantes de la sociedad peruana, asemejando a la unión de hecho con el matrimonio, manifiestan y dicen por ejemplo. Es triste ver como nuestro ordenamiento jurídico a pesar de los constantes que se dan en la sociedad donde desgraciadamente el concubino sobreviviente ante la muerte del otro no perciba un quinto del patrimonio del fallecido, esto si yo invertí para que yo junto con mi concubino forjamos un patrimonio en beneplácito de nuestros hijos no se me pueda permitir el derecho a acceder a esos bienes.

El derecho como expresión de la justicia no puede hacerse de la vista gorda frente a esta situación por demás criticable, a veces caemos en aspectos teóricos y abstractos pero nos alejamos de la existencia de la realidad, por eso se hace imperiosa la regulación de los derechos sucesorios en caso de los concubinos, ante la muerte de uno de ellos.

Muchos objetan el planteamiento en el hecho que estaríamos equiparando los efectos del concubino al matrimonio desde el punto de vista ético y jurídico, con lo cual las personas ya no verían en el matrimonio una alternativa prioritaria sino que se inclinarían hacia las uniones de hecho ya que los efectos jurídicos podríamos decir que son equivalentes.

Pero también no se puede negar que en un país donde la unión de hecho es una corriente que se manifiesta de manera tan palpable, no se puede omitir hablar al respecto, ya que con o sin regulación la conciencia de nuestra sociedad ha hecho que el concubinato propio sea vista como una buena alternativa para hacer vida en común, con esa persona a la cual le dieron todo, pero ve como ante su muerte no puede ser participe de la repartición de los bienes, imagínense a esa persona al ver como quizás el patrimonio de su concubino pase en manos de personas, que no contribuyeron en nada para formar el patrimonio del concubino muerto, pero por arte del derecho ya podrían acceder a ese patrimonio, para eso existen los legados que el causante podría dejar por testamento su tercio disponible mediante testamento a su pareja de hecho.

Conforme a lo expuesto por mi persona en la primera parte de este tema, debo manifestar que, si bien es cierto que la realidad social refleja la vulneración del derecho sucesorio, al no encontrarse regulada por el código civil vigente, no olvidemos que si se estableciere legalmente este derecho, ya no habría ninguna diferencia con los derechos originados del matrimonio, quedando la única diferencia el régimen económico de separación de patrimonios, situación descabellada. Como defensor del matrimonio como institución, debo manifestar que no estoy de acuerdo con la regulación legal del derecho hereditario en las uniones de hecho.

La presente investigación tiene por finalidad **proteger a las uniones de hecho, con una regulación legal independiente** en el Código Civil o **en un Código de Familia**, conforme al proyecto legal presentado por el autor, como por ejemplo el reconocimiento legal voluntario o extrajudicial con el registro de uniones de hecho voluntariamente inscritas por ambos concubinos o en todo caso el reconocimiento judicial de las uniones de hecho en vía sumarísima, para efectos de ejercer sus derechos reconocidos por la ley, excepto el derecho hereditario, salvo los hijos de ambos concubinos o del concubino o concubina sobreviviente, si el causante hubiera dejado testamento dándolo tal derecho al otro concubino o concubina. Aclarando que este reconocimiento extra judicial, ya fue regulada posterior a la presentación

del proyecto de tesis del autor a tramitarse notarialmente o municipalmente, teniendo como ejemplo a este ultimo trámite a la Municipalidad de Villa el Salvador.

Finalmente después de la entrada en vigencia de la Ley N° **30007**, **con posterioridad al desarrollo del presente proyecto de investigación, hoy tesis, la Ley**; establece que las uniones de hecho que reúnan las condiciones de ley producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, en los términos en que se aplicarían al cónyuge. Se les ha considerado, por la ley, dentro de la clasificación de herederos forzosos, luego del cónyuge, y están en el orden sucesorio, que contempla el artículo 816 del Código Civil. **Debo manifestar lo siguiente. La situación actual respecto de las uniones de hecho frente a las normas del Derecho de Sucesiones puede caracterizarse, a mi entender, sobre la base de la constatación de tres supuestos: una ausencia normativa, una imposibilidad teórica en el Derecho Peruano y una improbabilidad jurisprudencial pese a la existencia de jurisprudencia vinculante del Derecho Previsional de las parejas que viven bajo este régimen, exponiendo una vez más que no con esta situación la unión de hecho podrá ser igual que el matrimonio encontrándose diferencias fundamentales¹⁵⁵.**

6.1.2. 11.- Derecho Previsional.

Debo exponer que, en la legislación nacional, específicamente en el artículo del D. Ley N°. 19990, regula de que los concubinos tienen derecho previsional, derecho ratificada por constantes jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre el derecho de seguridad social.

Es en el ámbito del Derecho previsional donde surgieron las primeras normas expresas que reconocieron derechos derivados de la unión marital de hecho, y tal circunstancia no es casual sino que deriva de los propios fundamentos del derecho de la seguridad social que procura brindar una

¹⁵⁵ Negrita es nuestra apreciación.

cobertura adecuada frente a diversas vicisitudes de la vida, tales como la vejez, la muerte, la enfermedad o la invalidez, por nombrar tan sólo las más significativas¹⁵⁶.

6.1.2.12.- Declaración Judicial y Extra Judicial de la Unión de hecho.

a. Declaración Judicial de la unión de hecho.

1. Juez competente y vía procedimental.

El juez competente en la declaración judicial de unión de hecho es el juez especializado en Familia, conforme así lo dispone la Ley 27155 que modifica el artículo 53^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en grado de apelación la Sala especializada en Familia de la Corte Superior y como Sala de Casación la Sala especializada en Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

En lugares donde no hay juzgados especializados en familia, conocen los juzgados civiles o los juzgados mixtos en su caso. En vía de apelación, conoce la Sala de Familia o en su caso en los distritos judiciales donde no hay Sala especializada, conocen las Salas Civiles o Mixtas.

En cuanto a la vía procedimental la pretensión relativa a la declaración judicial o reconocimiento de la unión de hecho, nuestro código adjetivo no contiene una mención expresa a la vía idónea para su conocimiento, pero la vía procedimental regulada en el inciso 1º del artículo 475º del Código Procesal Civil, por compleja según dicen los magistrados, en vía procedimental de conocimiento, sería la vía idónea para su discusión al no tener una vía procedimental propia y tomando en cuenta su naturaleza, aunque no hay objeciones, si fuese el caso, para

¹⁵⁶ Azpiri, Jorge o. Ob. Cit. p. 239.

que dicha materia pueda ser discutida en vía procedimental sumarísima, propuesta por nuestro proyecto de investigación en la presente tesis, desarrollada ampliamente en el capítulo VIII.

2. Pretensión principal: principales pretensiones acumulables

La pretensión principal es la de reconocimiento judicial de la unión de hecho.

La pretensión que regularmente se acumula es la de fenecimiento y liquidación del régimen de sociedad de gananciales, pudiéndose plantear otras como la declaración de bien propio y todas las relativas al régimen de sociedad de gananciales que le sean aplicables, alimentos o indemnización por enriquecimiento sin causa a elección del concubino propio abandonado o supérstite.

Con respecto a otras materias como tenencia, régimen de visitas, suspensión de patria potestad, y otras relativas a hijos menores de edad, no sería acumulables por no haber conexidad entre ellas y la pretensión principal a diferencia de la declaración judicial del divorcio en el matrimonio.

3. Medios Probatorios

El Código Civil, regula que la posesión constante de estado puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la legislación procesal, siempre que exista el principio de prueba escrita. Consideramos que tal exigencia resulta excesiva, y concordante a un contexto en el cual normalmente se vinculo la unión de hecho y la procreación de hijos extramatrimoniales, cuyo reconocimiento acreditaba preeminentemente la relación de hecho de sus padres, acto de procreación que no es constitutivo de la relación de unión de hecho ni de sus efectos que alcanzan sólo el nivel patrimonial.

En este como en otros estados familiares, debe prevalecer el principio de libertad de la prueba, pudiéndose utilizar sin restricciones cualesquiera de los medios probatorios típicas o atípicas que nos permite la normatividad adjetiva.

b. Declaración extra judicial de la unión de hecho.

En el Derecho peruano, la declaración extrajudicial antes del año 2010, según versiones verbales de algunos ciudadanos, se realizaba en algunas Municipalidades distritales de manera fáctica, tal es el caso de la Municipalidad Distrital del Villa el Salvador, o la municipalidad distrital de Lambayeque. **Hoy en día al año 2012, el reconocimiento extrajudicial de la unión de hecho, se encuentra regulado legalmente en la Ley N° 29560, gracias al presente proyecto de investigación, que ampliamente también desarrollamos en el capítulo VIII de la presente tesis¹⁵⁷.**

6.1.2.13.- La Acción de enriquecimiento sin causa en las uniones de hecho impropias.

La unión de hecho impropia o llamado concubinato impropio, aquella que no reúne las condiciones relativas a diversidad de sexo, monogamia y a la libertad de impedimento matrimonial, tiene el interesado expedito, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido que tendrá naturaleza indemnizatoria a cargo del exconcubino que se enriquece sin causa a expensas del otro.

Alex Placido¹⁵⁸, comenta al respecto. Como se sabe, esta acción procede cuando ha mediado empobrecimiento de un sujeto y el correlativo enriquecimiento de otro a expensas de aquél, sin que exista causa que lo justifique; siempre que el perjudicado no disponga de otra acción para reclamar su resarcimiento (artículo 1954 y 1955 del Código Civil).

¹⁵⁷ Negrita es nuestro breve comentario.

¹⁵⁸ Placido V. Alex F. Manual de Derecho de Familia. Ob. Cit. p. 259-260.

Esta acción se considera procedente en el caso de la unión de hecho impropia, por cuanto no existe una relación o situación jurídica ya constituida que justifique el provecho o beneficio. En tal supuesto, se puede reclamar la restitución en la medida en que se haya producido el enriquecimiento, pero teniendo en cuenta que el monto de la reclamación no puede superar el límite del efectivo empobrecimiento del demandante. E incluso para determinar el enriquecimiento se tendrá en cuenta el estado de las cosas existentes al tiempo de la demanda, ya que el demandado nada deberá si los valores que el otro incorporó a su patrimonio hubieran desaparecido por caso fortuito o fuerza mayor.

Los ejemplos que en el ámbito de la unión de hecho impropia pueden presentarse son variados y numerosos, ya que en la realidad, como ocurre en el matrimonio, suele ser el varón quien se encarga de la casi totalidad de las cuestiones económicas, y la mujer, que deposita en él su confianza mientras dura la relación, le entrega bienes o lo ayuda con su esfuerzo en la adquisición de otros nuevos bienes que después aparecen incorporados al patrimonio del varón; la mujer le ayuda con aportes materiales o monetarios, o con determinados servicios que le presta (que no llegan a constituir relación laboral) y así aumenta el haber económico del varón o determina el engrandecimiento de su negocio o el aumento de los beneficios que el varón obtiene de su actividad habitual. En todos estos supuestos citados sólo a título ejemplificado, sin duda, la mujer puede ejercer la acción de enriquecimiento sin causa, dentro de los límites explicados.

6.2.- LA UNIÓN DE HECHO EN EL MARCO LEGAL PERUANO.

El régimen jurídico de la unión de hecho, adquiere rango constitucional por primera vez en el Perú con la entrada en vigor de la Constitución Política del año 1979, regulada en su artículo 9º, y posteriormente regulada en el artículo 326º del Código Civil del año 1984 hoy vigente, para luego regularse en la nueva constitución política del Perú del año 1993.

6.2.1.- En la Constitución para la república del Perú de 1979:

Artículo 9. La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

6.2.2.- En la Constitución Política del Perú del año 1993:

Artículo 5°. La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Análisis comparativa de las constituciones políticas del año 1979 y 1993.

Las relaciones y diferencias encontradas en ambas constituciones referidos a la unión de hecho tenemos:

1.- En la constitución del año 1979, la unión de hecho estaba dentro de los Derechos de la Persona.

2.- A diferencia de la constitución derogada en la Constitución Política del año 1993, la unión de hecho igual que la familia propiamente dicha esta regulada dentro de los Derechos Sociales, siendo un avance muy importante para el derecho nacional.

3.- En la Constitución política de 1979 la unión de hecho estuvo regulado en el artículo 9° que prescribía lo siguiente:

"La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, por el tiempo y en las

condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable".

4.- Mientras que la Constitución del año 1993, regula a la unión de hecho en su artículo 5º que prescribe lo siguiente.

"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable".

5.- En la constitución del año 1979 se regula al matrimonio igual que a familia.

6.- Por su parte la constitución del año 1993, considera al matrimonio y a la unión de hecho como familia.

7.- En la constitución del año 1979, la unión de hecho no es considerado plenamente fuente que origina una familia.

8.- Pero en la constitución del año 1993 la unión de hecho ya es considerado fuente que origina una familia, es decir que con esta constitución, la familia puede originarse del matrimonio o de una unión de hecho.

9.- En la Constitución del año 1979 se reconoció el régimen de gananciales a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro.

Es decir que la constitución del año 1979 se habla de sociedad de bienes.

10.- Mientras que en la constitución política del año 1993, hoy vigente, se habla de comunidad de bienes.

Conforme a la Constitución vigente, diremos que para estar bajo el régimen de la unión de hecho, debe cumplirse ciertos elementos constitutivos que son los siguientes:

1. Unión estable de un varón y una mujer, es decir una unión heterosexual monogámica, excluyéndose de esta forma al estatus de unión de hecho reconocidas constitucionalmente, a las uniones homosexuales y poligámicas.
2. Estar libre de impedimento matrimonial; es decir las parejas que viven bajo el régimen de la unión de hecho, deben cumplir con la normatividad establecida en el artículo 241º y ss. Del Código Civil, referente a los Impedimentos del Matrimonio; ya que para constituir una unión de hecho, las parejas deben ser solteras, viudos o divorciados.
3. Conformación de un hogar de hecho, ya que las parejas que viven bajo la unión de hecho, deben cumplir algunos deberes y derechos que nacen del matrimonio, tales como; a) Obligaciones Comunes. Las parejas que viven bajo este régimen, se obligan mutuamente a alimentar y educar a sus hijos, b) Las concubinos propios, se deben recíprocamente fidelidad y asistencia, ya que el incumplimiento del deber de fidelidad por extinción de la unión de hecho por decisión unilateral, origina una indemnización de Daño personal, conforme así lo establece el tercer párrafo del artículo 326 del Código Civil, c) Cohabitación. Es deber de ambos concubinos propios o pareja de hecho, hacer vida en común en el domicilio señalado por ambos, d) ambos convivientes, tienen el deber y derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo, e) Sostén de la Familia. Si uno de los convivientes se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, así mismo el Derecho al Régimen Patrimonial originado por esta unión fáctica.

Conforme al comentario de la normatividad constitucional, sobre la unión de hecho, debo manifestar que, estas tienen dos tipos de efectos: una de naturaleza personal y la otra de naturaleza patrimonial, siendo tarea del

legislador regular ambos aspectos de manera amplia en un título y capítulo independiente del libro de familia sobre la unión de hecho. Ya que son de especial importancia los efectos patrimoniales puesto que constitucionalmente se le atribuye las normas de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Existen sectores de la doctrina que sostienen dar un trato diferenciado privilegiando las uniones matrimoniales, en comparación con las uniones de hecho constituye una práctica violatoria del mandato constitucional de la no discriminación e igualdad ante la ley, pero siempre existiendo claro una clara diferencia de ambos, ya que la segunda es una unión fáctica solo con ciertos derechos, pero si protegida constitucionalmente.

6.2.3.- En el Código Civil del año 1984, regula a la unión de hecho en el Título III del Régimen Patrimonial, Capítulo II Sociedad de Gananciales del artículo 326 de la siguiente forma.

Artículo 326. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

LEY N° 30007. Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 39 de la ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho.

Artículo 1. Objeto de la Ley La presente Ley tiene por objeto reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho.

Artículo 2. Procedencia para el reconocimiento de derechos sucesorios Para que la unión de hecho dé lugar a derechos sucesorios es requisito que reúna las condiciones señaladas en el artículo 326 del Código Civil y se encuentre vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros.

Artículo 3. Reconocimiento de derechos sucesorios Para los efectos de la presente Ley, se reconocen derechos sucesorios a favor de los miembros de uniones de hecho inscritas en el Registro Personal, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, o reconocidas por la vía judicial.

Sin perjuicio de lo antes establecido, el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral indicada en el párrafo anterior.

Artículo 4. Incorporación de texto en el artículo 326 del Código Civil Incorpórese al artículo 326 del Código Civil, como último párrafo, el texto siguiente:

'Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.'

Artículo 5. Modificación del artículo 724 del Código Civil Modifícase el artículo 724 del Código Civil conforme al siguiente texto:

Artículo 724.- Herederos forzosos Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.'

Artículo 6. Modificación del artículo 816 del Código Civil Modifícase el artículo 816 del Código Civil conforme al siguiente texto:

Artículo 816.- Órdenes sucesorios Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.'

Artículo 7. Incorporación del inciso 10 al artículo 2030 del Código Civil Incorpórese el inciso 10 al artículo 2030 del Código Civil, conforme al siguiente texto:

Artículo 2030.- Actos y resoluciones registrables Se inscriben en este registro:

(...) sucesor.

Artículo 38°.- Procedencia.- La solicitud será presentada por cualquiera de los interesados a que alude el artículo 815 del Código Civil, o por el integrante sobreviviente de la unión de hecho reconocida conforme a ley, ante el notario del lugar del último domicilio del causante.

Artículo 39°.- Requisitos.- La solicitud debe incluir:
(...)

4. Partida de matrimonio o la inscripción en el Registro Personal de la declaración de la unión de hecho, adjuntándose, según sea el caso, el testimonio de la escritura pública o la copia certificada de la sentencia judicial firme;

1.- El artículo 326° del Código Civil Peruano. Tiene por finalidad complementar el artículo 5° de la Constitución Política del Perú, el que regula dos situaciones que el legislador ha considerado tratar de manera especial: a) La unión de hecho propiamente dicha, o el denominado concubinato propio; y b) el concubinato impropio.

Debo comentar, que no toda unión no matrimonial da lugar al régimen jurídico de la unión de hecho; y para que los integrantes de esta institución fáctica familiar puedan acogerse a la sociedad de bienes que se genera, es obligatorio el cumplimiento de ciertos requisitos:

1. Que haya unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y mujer; es decir unión heterosexual y monogámica.
2. Que los integrantes de esta unión se encuentren libres de impedimento matrimonial.
3. Para el objetivo fundamental, y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; exige que sus integrantes hagan una vida en común: deber de cohabitación, lecho y mesa; en la que ambos se deban fidelidad y

asistencia mutua, no se encuentra protegida por la normatividad legal, la unión de hecho mantenida únicamente con el objeto de mantener sólo una relación sexual.

4. Y que el tiempo de vigencia de la unión fáctica, dure por lo menos dos años continuos. Aclarando que este plazo no estaba regulado por el artículo 9° de la Constitución política del Perú ni tampoco se encuentra regulada en el artículo 5° de la Constitución vigente del año 1993, que expresamente lo dejó libre para regular en una legislación especial es decir en el artículo 326 del Código Civil vigente del año 1984.

La normatividad civil establece una duración continuada de dos años de hacer vida en común. Por consiguiente debo manifestar que, la unión de hecho en la que sumen dos años no continuos queda excluida de la protección de este articulado, de la misma forma también quedarían excluidas las uniones de hecho que tienen una duración inferior a dos años, que se consideran simples uniones de enamoramiento o de noviazgo.

2.- El segundo párrafo del artículo 326° establece la posesión constante y la prueba de la unión de hecho.

El estado de familia, es un vínculo jurídico familiar, atributo que individualiza a la persona natural con respecto a los demás por su ubicación en la familia en nuestro caso, el estado de convivientes dentro de una unión de hecho, es decir es el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes relativos a la situación familiar de determinada persona. Tiene como elementos el nombre, el trato y la fama. La posesión constante de estado familiar o estado convivencial, es necesaria para pedir el reconocimiento de la unión fáctica.

Referente a la prueba de la unión de hecho, Debe referirse a la posesión constante del estado a partir de fecha aproximada, cuestión para cuya probanza podrán usarse, en cuanto sean aplicables, los medios que

señala el texto procesal civil, siempre que exista un principio de prueba escrita.

3.- Como se puede apreciar el tercer párrafo del Art. 326° del Código Civil peruano, establece las causales de extinción de la unión de hecho, entre las cuales tenemos:

1. Por muerte de uno de las parejas que se encuentran bajo este régimen.
2. Por ausencia de cualquiera o ambas partes.
3. Por mutuo acuerdo o convención de ambas partes.
4. Por decisión unilateral de una de las partes.

Producida la extinción de la unión de hecho por cualquiera de las causales reguladas en el tercer párrafo del artículo correspondiente, debe liquidarse la sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 301° y ss. Del Código Civil vigente, originando además otros efectos dependiendo de la causal, como por ejemplo en la decisión unilateral origina una responsabilidad civil extra contractual a favor del o la abandonada(o), quien tiene derecho a solicitar una suma de dinero por concepto de Indemnización por daño personal (Moral y psicológico) o una pensión de alimentos.

El cuarto párrafo del artículo 326° del Código Civil, establece las uniones no matrimoniales que no reúnan las condiciones establecidas en este articulado y en el artículo 5° de la Constitución vigente, en este caso nos referimos a las uniones con impedimento matrimonial, los cuales, sólo tienen derecho a ejercer acción de enriquecimiento indebido.

Finalmente debo manifestar, que con la modificación del artículo 326° del Código Civil, mediante Ley 30007, a partir del 18 de abril del año 2013, se reconocen derechos hereditarios a las parejas que viven bajo el régimen

jurídico de las uniones de hecho, estableciendo que éstas producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, los mismos que se aplican al integrante sobreviviente de la unión en los términos en los que se aplicarían al cónyuge. Se entiende por “uniones de hecho” aquellas generadas por la unión, por un período de por lo menos dos años, de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial.

6.3.- LA UNIÓN DE HECHO EN EL MARCO JURISPRUDENCIAL PERUANO.

Debemos explicar que, desde la regulación jurídica de la unión de hecho en la constitución política del Perú y en el Código Civil peruano vigente existe una jurisprudencia amplia, donde tuvieron que resolver diversas cuestiones controvertidas que generaban la ruptura de la unión fáctica tanto desde el punto de vista de las parejas, como de los hijos o hijas procreados durante esta relación, descritas en la presente tesis algunas jurisprudencias comentadas por algunos operadores jurídicos. Por ejemplo debemos manifestar que la relevancia del problema se dejó sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional- cuando establecen el derecho de pensión originados por la unión de hecho -, Corte Suprema de justicia, e instancias jurisdiccionales de la organización judicial, como es el caso de ejecutorias emitidas por las Salas superiores de Familia y los Juzgados especializados de Familia).

El Tribunal constitucional peruano viene reconociendo los efectos jurídicos de las uniones de hecho¹⁵⁹.

Sociedad de gananciales

No es indispensable que exista un matrimonio para que se configure el régimen de sociedad de gananciales, las uniones estables se hallan bajo dicho régimen por mandato legal¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Comentario de Enrique Varsi Rospigliosi. Ob. Cit. pp. 425-428

Pensión de viudez

El Tribunal Constitucional¹⁶¹, respecto a las uniones estables y su protección como familia, amparó la petición de la demandante ordenando a la Oficina de Normalización Previsional – ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley N° 19990, debe abonarse la pensión de viudez a la concubina, tomando en cuenta que la unión estable es una entidad familiar que merece protección y, además, por existir un tratamiento diferenciado entre el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema de Pensiones que vulnera el derecho – principio de igualdad.

Respecto a esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en mi condición de investigador, humildemente, debo manifestar que si bien es cierto, las parejas que están bajo el régimen de uniones de hecho tienen Derechos Patrimoniales, tales como el Régimen de Sociedad de Gananciales, más no deben ser consideradas viudas, ya que ese estado civil, sólo tienen las personas casadas, y las personas bajo este régimen en todo caso solamente tendrían derecho a reclamar alimentos o a solicitar una indemnización.

Seguridad Social

Tenemos las STC Exps. N° s 03605-2005-AA y 09706-2006-PA referidas a la vulneración del derecho a la seguridad social por la negativa de conceder una pensión de viudez en beneficio del conviviente supérstite tomando en cuenta que el Decreto Ley N° 20530 se muestra conforme con la pensión a favor del cónyuge supérstite, no del conviviente. La innovación radica en la modificación de criterio respecto del reconocimiento de los efectos personales, desarrolladas en la sentencia recaída en el Exp. N° 06572-2006-AA/TC de fecha, 6 de noviembre de 2007 en la que se declara fundado el amparo interpuesto por doña Janet Rosas Domínguez; posición distinta

¹⁶⁰ Exps. N° 0498-99AA/TC de fecha, 14 de abril de 2000, 09332-2006-AA/TC DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y 04777-2006-AA/TC del 13 de octubre de 2008.

¹⁶¹ Exp. N° 06572-2006-PA/TC. Sentencia del 6 de noviembre de 2007.

respecto del criterio esbozado en la sentencia pronunciada en el Exp. N° 03605-2005-AA/TC de fecha 8 de marzo de 2007 en el proceso instaurado por doña Irma Doris Anaya Cruz.

En la primera de las sentencias citadas, ofrece como fundamentos relevantes los siguientes:

“Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenece a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad puedan repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual, se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en aparente matrimonio”

Varsi Rospigliosi¹⁶², continuando con su comentario, nos dice De tales fundamentos se infiere que existen también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

Llegar ala conclusión, mediante una interpretación cerrada de la constitución, de que las uniones de hecho no existían sería muy controvertido, puesto que no se puede dejar de lado las obligaciones que de esta institución nacen. Contéplese la situación en que uno de los convivientes requiera los

¹⁶² Varsi Rospigliosi, Enrique. Ob. Cit. Pag. 426

auxilios pertinentes del otro por caer enfermo, no sería pertinente dejar que el otro deje que su conviviente padezca de este tipo de dolores. No debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia, de conformidad con lo establecido por el artículo 326 del Código Civil. En el caso de la dependencia económica generada se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

De lo expuesto se infiere que si bien es cierto, el máximo interprete de la Constitución, no equipara en igual posición a la unión de hecho con el matrimonio, dado que este último tiene mayor preeminencia constitucional, no podía soslayar por más tiempo, una realidad que alcanza a una gran parte de la población peruana. De ahí que de un reconocimiento eminente patrimonial, lo haya extendido al aspecto, constituyendo la pensión de viudez de sus inicios.

Actividad doctrinaria peruana comentada en la jurisprudencia peruana¹⁶³.

Haciendo resumen del panorama sobre la cuestión se constata en la jurisprudencia y en la doctrina que:

1.- El primer y más útil mecanismo a que se ha acudido es la existencia de pactos concluidos al inicio o durante la convivencia que regulen los aspectos económicos de la unión. Su existencia, si bien ha sido vista con recelo en tiempos históricos, en la actualidad es generalmente asumida por la doctrina y la jurisprudencia.

2.- A falta de estos pactos, en la generalidad de los casos se ha optado entre:

a).- La afirmación de la existencia de un **patrimonio común**, derivado

¹⁶³ Casación N° 3112-94-CALLAO del 1 de junio de 1996. Ob. Cit.

de una Sociedad Civil, universal o particular, o incluso de una Comunidad de Bienes derivada de la voluntad expresa o tácita de las partes. Podríamos denominarla la tesis tradicional o clásica.

b).- Aplicación de otros remedios legales de carácter general que operan con independencia de la voluntad, expresa o tácita, de los integrantes de la pareja de hecho, para proteger a la mujer, a la que la ruptura de la convivencia ha causado un perjuicio económico y que dan lugar a una **compensación económica por ruptura**. El fundamento de esta compensación es variable, pudiéndose encontrar ejemplos que van desde la indemnización por responsabilidad extracontractual del Art. 1902 C.C, la Doctrina del enriquecimiento injusto pasando incluso por la aplicación analógica del Art. 97 del C.C. o el propio reconocimiento legal (como ocurre en la mayoría de la legislación autonómica).

b).- Normativa estatal y autonómica. Iniciativas parlamentarias.

Sin embargo, procede comentar aquí las diferentes iniciativas legislativas estatales se cuanto a una normativa global sobre las uniones de hecho.

Placido en su estudio denominado los Regímenes Patrimoniales del matrimonio expone lo siguiente¹⁶: En el aspecto patrimonial, la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De ello se deduce, en primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es uno de comunidad de bienes; y, por último, a que a esa comunidad de bienes se aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuera pertinente.

¹⁶ Placido V. Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho (...) Ob. Cit. pp. 386-388

El artículo 326 del Código Civil, en concordancia con el artículo 5 de la constitución de 1993, condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, a que ésta haya durado por lo menos dos años continuos. Esto significa que, mientras no se cumpla con este plazo, los convivientes someten sus relaciones patrimoniales a las reglas de la comunidad de bienes, y en su caso, a las de copropiedad, en vista de no existir regulación sobre la primera en el Código Civil.

Así pues, ante este vacío legal, los instrumentos a que fue acudiendo la jurisprudencia y la Doctrina para solucionar los conflictos derivados de la extinción de la unión de hecho por diferentes causas.

Entre otras jurisprudencias tomadas por la investigación, tenemos por ejemplo, las siguientes que señalamos a continuación:

1.- "Que el objeto del presente proceso constitucional de amparo es que se disponga el cese de la agresión de los derechos constitucionales originados por la resolución de Alcaldía N482-98-A-MPC, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, mediante la que se aprueba el acta de compromiso suscrita por la municipalidad provincial de CCC y don JJJ, a través de la cual este último cede para uso como vía pública 436 m2 de terreno a la municipalidad demandada.

Que, de conformidad con las disposiciones del Código Civil, el surgimiento de la unión de hecho para tales efectos se da 'siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...' (Artículo 326, primer párrafo, in fine). Ahora bien, seguidamente precisa el citado dispositivo: 'La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita'. Por consiguiente, de los dispositivos citados se concluye que para que se repunte la existencia de una unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, se halla supeditado, primero, a un requisito de temporalidad mínima de permanencia de la unión (dos años) y,

segundo, que ese estado (posesión constante de estado) requiere su probanza con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrito'.

Que, a efectos de acreditar la posesión constante de estado, cabe señalar que para ello se admite cuales quiera de los medios probatorios a condición de que exista prueba escrita. Conforme al Código Procesal Civil (artículo 192, inciso 3), los documentos son medios de prueba típicos; en consecuencia, los que obran en autos son medios idóneos a efectos de acreditar la posesión de estado, los mismos que generen convicción indubitable sobre la existencia efectiva de la unión de hecho entre don JJJ y doña RRR que supera ampliamente el período mínimo de dos años.

Que, por otro lado, la posesión de estado no ha sido cuestionada en momento alguno por la demandada, no siendo este extremo hecho controvertible. Cabe precisar que lo que en ningún momento niega la parte demandada es la existencia de la unión de hecho; aquí no hay discrepancia respecto a una cuestión de hecho (la unión o posesión de estado), sino una cuestión de derecho consistente en determinar si la partida de matrimonio religioso es o no documento idóneo para acreditar la existencia de la posesión constante de estado, respecto a lo cual este Tribunal entiende que dicho documento, aun cuando no genera efectos civiles en virtud del artículo 2115 del Código Civil, sí puede acreditar perfectamente, como lo hace en el caso subjudice, la existencia de una unión de hecho, conservando pues mérito probatorio aun cuando carezca de efectos civiles. Ciertamente, debe precisarse que la presente consideración se efectúa sin perjuicio de la convicción suficiente que respecto a la existencia de la citada unión de hecho genera el resto de documentos citados en el fundamento precedente.

Que, en consecuencia, estando a los fundamentos precedentes, la comunidad de bienes constituida por la unión entre don JJJ y doña RRR corresponde al régimen de sociedad de gananciales. Por lo tanto, la disposición de los bienes que la conforman debe efectuarse según lo estipulado en el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil, según el cual: 'Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención

del marido y la mujer (...). Dicho dispositivo debe ser interpretado de manera concordante con lo estipulado en el artículo 971 del citado cuerpo normativo, cuyo texto establece que, existiendo copropiedad, 'Las decisiones sobre el bien común se adoptarán: 1. - Por unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien.

Que, en consecuencia, el Acta de Compromiso celebrado entre don JJJ y la municipalidad provincial de CCC, representada por AAA, de fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho, por el que el primero de los nombrados cede a la Municipalidad la extensión de 436 m2 para vía pública: por tanto habiendo sido efectuado este acto jurídico con exclusión de doña RRR, el mismo constituye una grave afectación al derecho de propiedad de la demandante y de la propia comunidad de bienes de la unión de hecho antes mencionada, derecho amparado por el artículo 2, inciso 16) y el artículo 70 de la constitución política del Estado; por consiguiente, la resolución de Alcaldía N' 48298-A-MPC, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, que aprueba la mencionada Acta de Compromiso, también resulta lesiva del citado derecho fundamental y, por tanto, es inconstitucional¹⁶⁴.

2.- Con relación a los efectos patrimoniales que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, la prueba de la existencia de la unión de hecho se requiere en forma previa al ejercicio de tales pretensiones; por lo que debe actuarse en un proceso distinto y anterior. Este criterio también se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros. Así también lo considera la corte suprema, cuando señala:

a) "Que conforme consta del expediente acompañado, seguido por doña AAA, contra JJJ, EEE, MMM y VVV, por sentencia ejecutoriada de fojas ciento cuarentiséis, se ha declarado fundada en parte la demanda de fojas

¹⁶⁴ Exp. 498-99-AA/TC. Sentencia. Cit.

ciento veintitrés de dichos actuados, reconociendo la unión de hecho de AAA con CCC y que la misma está sujeta al régimen de gananciales, e improcedente respecto a la división y partición, dejándose a salvo su derecho respecto a dicho extremo.

Que, siendo así, ha quedado establecido el derecho de la accionante en este proceso, título con el cual ejercita su acción de división y partición, sin que resulte procedente volver a discutir las condiciones de validez o no, respecto al reconocimiento del estado de concubinato, al que habrá de aplicarse las reglas de la sociedad de gananciales.

Que, al expedirse la sentencia de vista, se ha interpretado de manera errónea el artículo noveno de la Constitución Política de mil novecientos setentinueve, al pretender desconocer sus alcances al caso de autos, cuando ya ha quedado firme, con autoridad de cosa juzgada el derecho de la demandante, fundamento que ha sido recogido por la sentencia apelada.

Que, siendo esto así resultan aplicables las reglas de la sociedad de gananciales, tanto en su liquidación, así como en la partición de los bienes en su oportunidad, al amparo de lo dispuesto en los artículos novecientos ochentitrés y novecientos ochenticuatro del Código Civil.

b) "Que, en la resolución recurrida se ha considerado que la interposición de la demanda de tercería excluyente de dominio es inoportuna e ineficaz derivada del hecho que resultaría contraproducente que por vía de una acción de trámite breve como es la d₂ tercería se determine si la actora lo es de aplicación el régimen de sociedad de gananciales a que se refiere el artículo trescientos veintiséis del Código Civil.

Que conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos treinta cinco de la ley procesal la demanda no será admitida a trámite si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto si no da garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

Que entonces la cuestión jurídica que se ventila versa sobre si se requiere de una declaración judicial previa de la existencia de la sociedad de gananciales para poder interponer con éxito una acción de tercería excluyente de dominio contra terceros por la parte de los bienes que le correspondería a la recurrente.

Que sobre el particular debe tenerse en cuenta lo señalado por el ponente del Libro III del Código Civil en el sentido que fue el temperamento de la comisión revisora del Código Civil que para poder oponer la existencia del concubinato a terceros éste debía ser declarado judicialmente en la forma prevista por dicha norma.

Que, en consecuencia, para que prospere una demanda sobre tercería de propiedad dirigida contra terceros, basada en la existencia de una unión de hecho que ha generado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, es menester que previamente se haya declarado judicialmente la existencia de tal sociedad¹⁶⁵".

PENSIÓN ALIMENTICIA O INDEMNIZACIÓN AL CONYUGE QUE HA SIDO ABANDONADO.

CAS. N° 2228-2003-UCAYALI

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, resulta que, en este último caso, el Juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el Régimen de Sociedad de Gananciales; en el presente caso, la demandante pretende hacer valer su derecho alimentario basado en la relación convivencial -concluida por decisión unilateral- solicitando que el demandado le acuda con una pensión alimenticia; empero para que se pueda conceder una pensión alimenticia, se exige que el solicitante de dicha pensión mantenga una relación convivencial actual o

¹⁶⁵ Casación N° 3112-94-CALLAO del 1 de junio de 1996. En: CD Explorador Jurisprudencial 2001-2002. Gaceta Jurídica S.A

vigente, o, acredite la condición de abandonado, y que sea éste conviviente quien elija alternativamente por una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos; sin embargo, en el decurso procesal, habida cuenta que la relación convivencial ha concluido, correspondía realizar una valoración referente a la condición de abandonado ya sea de la demandante o del recurrente, actividad que no se ha realizado, toda vez que las instancias de mérito no han amparado su pretensión; por lo tanto, declárese fundado el recurso interpuesto.

Demandante: Doris Delgado Hidalgo

Demandado: Carlos Perdomo Guerra

Tema: Alimentos

Fecha de Publicación: 31 de Enero de 2005

Concordancias:

C.C.: Art. 326

C.P.C.: Art. 397

ALIMENTOS

Lima, dieciséis de junio del dos mil cuatro

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; Vista la causa número dos mil doscientos veintiocho - dos mil tres; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente resolución.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas treinta por la demandante Doris Delgado Hidalgo contra el auto de vista de fojas veinticinco expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Pucallpa el veintitrés de julio del dos mil tres, que confirma la resolución apelada de fecha quince de mayo del dos mil tres obrante en el folio diez del presente expediente; en los seguidos por Doris Delgado Hidalgo con Carlos Perdomo Guerra sobre alimentos; notificándose, asimismo, a la parte demandada conforme a lo establecido en la última parte del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que concedido el recurso de casación a fojas nueve, del cuadernillo de casación formado en este Supremo Tribunal, se ha declarado procedente por la causal de interpretación errónea del artículo trescientos veintiséis del Código Civil, norma que expresa categóricamente que la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal; sin embargo, se soslayó el mérito de la declaración jurada de su conviviente, siendo la interpretación correcta que el estado de convivencia opera entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial después de un lapso de tiempo superior a los dos años, que, en este caso, tanto el tiempo como el estado civil de la pareja se acreditó fehacientemente.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, la recurrente como materia de su pretensión solicita una pensión alimenticia correspondiente al cuarenticinco por ciento de los haberes del demandado, incluidos gratificaciones y bonificaciones a su favor por cuanto con el demandado ha existido una relación convivencial;

Segundo.- Que, la causal de interpretación errónea de una norma de derecho material se configura cuando los Jueces de Mérito han dado a la

norma aplicada una interpretación que no se desprende de su texto o de su espíritu;

Tercero.- Que, el artículo trescientos veintiséis del Código Civil, señala que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al Régimen de Sociedad de Gananciales en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos;

Cuarto.- Que, el tratadista Héctor Cornejo Chávez define al Concubinato como la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad y fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio;

Quinto.- Que, conforme se advierte de los medios probatorios ofrecidos por la demandante ha existido una relación de convivencia por espacio de catorce años, la misma que culminó definitivamente el veinticinco de abril del dos mil tres, por decisión unilateral del demandando; es más, se acredita dicha convivencia con la inscripción de la recurrente en el Programa de Asistencia Médica Familiar de CORPAC Sociedad Anónima y Es Salud, como también de la Declaración Jurada legalizada notarialmente, donde de manera libre y voluntaria el demandando reconoce y acredita la relación convivencial entre ambos;

Sexto.- Que, respecto del tercer párrafo del citado artículo según el cual la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, resulta que, en este último caso, el Juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el Régimen de Sociedad de Gananciales;

Sétimo.- Que, en el presente caso, la demandante pretende hacer valer su derecho alimentario basado en la relación convivencial -concluida por decisión unilateral- solicitando que el demandado le acuda con una pensión alimenticia;

Octavo.- Que, para que se pueda conceder una pensión alimenticia, se exige de acuerdo al artículo en comentario que el solicitante de dicha pensión mantenga una relación convivencial actual o vigente, o, acredite la condición de abandonado, y que sea éste conviviente quien elija alternativamente por una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos; que sin embargo, en el decurso procesal, habida cuenta que la relación convivencial ha concluido, correspondía realizar una valoración referente a la condición de abandonado ya sea de la demandante o del recurrente, actividad que no se ha realizado, toda vez que las instancias de mérito no han amparado su pretensión;

Noveno.- Que, por lo tanto, la interpretación que los Magistrados han dado al artículo trescientos veintiséis del Código Civil no es el adecuado a su contenido, y siendo que dicha interpretación implica una revaloración de la prueba actuada, lo que no puede efectuarse en sede casación, por lo que deben de reenviarse los autos a fin de que el Juez de Primera Instancia emita pronunciamiento sobre tal situación, por versar la discusión sometida a su conocimiento sobre cuestiones de hecho y no de derecho.

Que, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral dos punto tres del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil¹; declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Doris Delgado Hidalgo; en consecuencia **NULO** el auto de vista de fojas veinticinco, su fecha veintitrés de julio del año en curso; e **INSUBSISTENTE** el auto apelado de fojas diez, su fecha quince de mayo del dos mil tres, debiendo el A quo emitir un nuevo fallo con arreglo a ley; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad, en los seguidos por Doris Delgado Hidalgo con Carlos Perdomo Guerra sobre alimentos, y los devolvieron.

C.P.C.: Art. 396.- Sentencia fundada y efectos del recurso.- Si la

sentencia declara fundado el recurso, además de declararse la nulidad de la sentencia impugnada, la Sala debe completar la decisión de la siguiente manera:

(...)

2. Si se trata de la causal precisada en el inciso 3 del artículo 386°, según sea el caso:

(...)

2.3. Declara insubsistente la sentencia apelada y que el Juez que la expidió lo haga nuevamente.

SS. ECHEVARRIA ADRIANZEN, TICONA POSTIGO, LAZARTE HUACO, RODRIGUEZ ESQUECHE, EGUSQUIZA ROCA.

El derecho Previsional en la jurisprudencia.

Jurisprudencia Peruana.

Como se puede apreciar el artículo 326 del nuestro Código Civil vigente, no regula en forma específica el derecho previsional de la unión de hecho, sin embargo la jurisprudencia nacional interpretando la doctrina jurídica comparada sobre este derecho, reconoce a las parejas de hecho el derecho previsional, pero sin embargo el D. Ley N° 19990 si regula el derecho previsional del concubinato propio.

EXP. N.º 06572-2006-PA/TC

PIURA

**JANET ROSAS
DOMINGUEZ**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Janet Rosas Domínguez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 95, su fecha 31 de mayo de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el otorgamiento de una pensión de viudez. Manifiesta tener una declaración judicial de unión de hecho con don Frank Francisco Mendoza Chang y que, su menor hija, en la actualidad, viene percibiendo pensión de orfandad, en virtud de ser hija del causante.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la declaración judicial de la unión de hecho no da derecho al otorgamiento de una pensión de viudez, ya que ésta se otorga únicamente cuando se cumplen con los requisitos expuestos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990. Es decir, se requiere necesariamente que se acredite la celebración del matrimonio. En el presente caso, no se ha acreditado la unión conyugal, por lo tanto la demanda debe ser desestimada.

El Quinto Juzgado Especializado Civil de Piura, con fecha 30 de diciembre de 2005, declara improcedente la demanda considerando que, a través del presente proceso constitucional, no es posible otorgar derechos, sino proteger el ya reconocido.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que aun cuando, *prima*

facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida en que el acceso a las prestaciones pensionarias sí forma parte de él, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplirse los requisitos legales.

§ Delimitación del petitorio y de la cuestión constitucional suscitada

2. En el presente caso, la demandante solicita que se le otorgue una pensión de viudez, conforme con el Decreto Ley N.º 19990, alegando tener una declaración judicial de unión de hecho con quien fue su conviviente don Frank Francisco Mendoza Chang, ahora fallecido.
3. El problema a dilucidar en este caso es si procede reconocer la pensión de sobrevivientes a la pareja de hecho supérstite. Ello implica determinar si es que a pesar de la omisión expresa del Decreto Ley N.º 19990, procede el reconocimiento de tal beneficio a las parejas de hecho.
4. Debe recordarse que los pronunciamientos sobre la pensión de viudez entre parejas de hecho ha merecido la atención de este Tribunal Constitucional. Si bien en un principio tal posibilidad se encontraba implícita, por medio de otra sentencia se rechazó tal supuesto aceptándose luego tal hipótesis¹.

Así, en la sentencia del Expediente 02719-2005-PA/TC, este Colegiado desestimó la demanda interpuesta por la conviviente supérstite, que solicitaba una pensión de viudez, argumentando que el causante no había cumplido con la edad requerida para obtener una pensión de jubilación por lo que tampoco se había generado el derecho a la pensión de viudez. Por su parte, en la sentencia del Expediente 03605-2005-PA/TC se argumentó que; i) Puesto que la Norma Fundamental quiere favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional, no es posible tratar igual al matrimonio y a las uniones de hecho; ii) Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a los integrantes de la unión de hecho a asumir los efectos previsionales propios del matrimonio; iii) Solo podrían generarse derechos pensionarios entre las parejas de hecho si la norma específica así lo dispone; iv) La Norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza

patrimonial mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el de carácter pensionario.

Por último, en la sentencia recaída en el Expediente 09708-2006-PA/TC se esgrimió que de acuerdo al artículo 5° de la Constitución así como el artículo 326 del Código Civil (CC), la unión de hecho daba lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero al haberse comportado los convivientes como cónyuges, al asumir finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio, la conviviente habría adquirido el derecho a la pensión de viudez. Se consideró además que las pensiones tenían la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia.

En vista de lo expuesto, a continuación se procederá a confirmar el criterio ya asumido por este Colegiado, argumentando de manera más profunda tal posición.

§ Tutela de la Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho y pluralidad de estructuras familiares

5. Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Weimar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era “cabeza de familia” dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.
6. A nivel de la región, los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, “elemento natural y fundamento de la sociedad”¹, “fundamento de la sociedad”, “asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”, “base de la sociedad”, “célula fundamental de la sociedad”, por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

conceptúa a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

7. En el caso peruano, es la Constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indicaba que “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.” La Constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Mientras que la Constitución vigente, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, la carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (artículo 2, inciso 7) y la salud del medio familiar (artículo 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24, que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13.º que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.
8. A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifestaba tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos “legítimos” y “no legítimos”.
9. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y

laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

10. Bajo esta perspectiva la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, “su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional”, es pues, “agente primordial del desarrollo social”.
11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos.

§ Unión *more uxorio* (Unión de hecho)

12. Como es conocido, tradicionalmente la unión de hecho -también denominada concubinato o unión extramatrimonial- concitaba una percepción negativa y de rechazo por parte de cierto sector de la sociedad, concibiéndola como una forma de vida inmoral, situación que no se condecía con la realidad, tradiciones y cultura de otro gran sector de la sociedad peruana. Reflejo de ello era la ausencia del reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones. No obstante, el incremento de las prácticas convivenciales y la mayor secularización de la sociedad y del Estado (y su legislación) fue imponiendo un contexto a partir del cual se comenzaron a plantear respuestas -primero jurisprudencialmente y luego

a nivel Constitucional- a esta realidad social. Así, la Constitución de 1979 reconoce por primera vez a nivel constitucional la unión de hecho. En la constituyente, se argumentó que tal incorporación se debió al reconocimiento de una realidad social que involucraba a un gran número de peruanas y peruanos. De otro lado, se anotó que al momento de la separación de las uniones libres se presentaban situaciones inicuas. Y es que en muchas ocasiones una de las partes -en su mayoría el varón- terminaba por apoderarse de los bienes adquiridos por la pareja durante la convivencia. Si bien, tal problemática ya había merecido la atención del órgano jurisdiccional, entendiendo que se estaba frente a un enriquecimiento ilícito, el constituyente de 1979 optó por reconocer ésta figura a fin de brindar una solución a tal problemática. Razones similares justificaron que el constituyente de 1993 mantuviera la unión de hecho, por lo que se recogió en la Constitución vigente sin mayores modificaciones. Con este reconocimiento constitucional se legitiman y se salvaguarda la dignidad de aquellas personas que habían optado por la convivencia. Asimismo pasan a ser considerados familia, por consiguiente merecedora de la protección del Estado.

13. Pero esta constitucionalización de la entidad, también implica el reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes conforman la unión de hecho. Si bien se está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo, no es menos cierto que el Estado puede intervenir y regular conductas a fin de evitar situaciones no deseadas en la sociedad. Así pues, la Constitución reconoce una realidad pero al mismo tiempo, la encausa dentro de los valores constitucionales a fin de hacerla compatible con el resto del ordenamiento. En tal sentido, a fin de evitar que el aporte realizado por la pareja durante la convivencia sea apropiado por uno de ellos, en desmedro del otro, la Constitución reconoció expresamente el régimen de gananciales a estas uniones, en cuanto les sea aplicable. Con esto, fenómenos como el comentado se verían refrenados, brindando una dimensión de equidad a las uniones fácticas. Pero esta no sería la única obligación que se generaría entre los convivientes, como observaremos más adelante, la propia dinámica de la convivencia encuadrada en la disposición constitucional, implica el cumplimiento de ciertas acciones, por parte de los integrantes de la unión.
14. Dicho esto, es pertinente analizar el artículo 5.º de la Carta fundamental que recoge la unión de hecho de la siguiente manera;

“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.”

15. Importante doctrina ha considerado que la unión de hecho puede distinguirse de la siguiente manera; concubinato en sentido estricto (propio o puro) y concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que los individuos que conforman las uniones de hecho no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio. Es decir, se encuentran aptos para asumir el matrimonio. En cambio, el segundo caso abarca a aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal. Estando a lo expuesto por la Constitución es claro que nos encontramos ante un concubinato en sentido estricto, puro o propio.
16. De igual forma se observa, que se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios, que deberá sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales.
17. Ahora bien, el formar un hogar de hecho comprende compartir habitación, lecho y techo. Esto es, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad y exclusividad. Se excluye por lo tanto, que alguno de los convivientes estén casado o tenga otra unión de hecho.
18. La estabilidad mencionada en la Constitución debe traducirse en la permanencia, que es otro elemento esencial de la unión de hecho. Siendo ello así, la unión de hecho, debe extenderse por un período prolongado, además de ser continua e ininterrumpida. Si bien la constitución no especifica la extensión del período, el artículo 326° del CC sí lo hace, disponiendo como tiempo mínimo 2 años de convivencia. La permanencia estable evidencia su relevancia en cuanto es solo a partir de ella que se puede brindar la seguridad necesaria para el desarrollo adecuado de la familia.

19. De otro lado, la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria. No se concibe amparar la situación en donde uno o ambos integrantes de la unión de hecho pretenden materializarla soterradamente.

§ Hogar de hecho

20. Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

21. No obstante, es de resaltar que estos efectos patrimoniales surgen de la comunidad de vida que llevan los convivientes. Esta comunidad debe ser comprendida como la coincidencia de fines, objetivos, modos de apreciar el mundo y expectativas sobre futuro, substrato sobre el cual se erige el aprecio y afecto que se proveen las parejas, precisamente por lo cual, comparten su vida en un “aparente matrimonio.” De lo que se infiere que existe también ciertas obligaciones no patrimoniales. Por ejemplo, como ya se observó, la configuración constitucional de esta unión libre genera un deber de fidelidad entre quienes la conforman.

22. De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en una unión de hecho no exista, por ejemplo, obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria. Contémplese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo. Más aun, no debe dejarse de observar que frente a la terminación de la unión, por decisión unilateral, la pareja abandonada puede solicitar indemnización o pensión alimenticia [art. 326 CC]. Es decir, frente a la dependencia económica generada, se deben plantear contextos jurídicos que viabilicen y materialicen el sentido material y concreto de la Constitución.

23. En suma, debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy

común que se da en el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye pues un deber de asistencia mutua.

§ Seguridad Social y Pensión de sobreviviente

24. El artículo 10° de la Constitución reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para hacer frente a las contingencias que la ley precise con la finalidad de elevar su calidad de vida. Como ya lo ha expresado este Tribunal Constitucional, la Seguridad Social;

“Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida.’”

En tal sentido, debe recordarse que a diferencia de los derechos fundamentales clásicos, la Seguridad Social requiere de una configuración legal, estableciéndose ésta como la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido. De tal forma, por medio de las disposiciones legales se establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. Esto es la manifestación de la “libre configuración de la ley por el legislador” conforme a la cual se comprende que;

“es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

25. De otro lado, este Colegiado ya ha establecido que el único titular de la pensión es quien realiza los aportes, siendo las pensiones de sobrevivientes, el derecho del propio titular proyectado sobre la o las personas que cumplan con los requisitos para acceder a tales beneficios. De esta manera la pensión de sobreviviente;

“Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto (subrayado agregado).

§ Decreto Ley 19990 y unión de hecho

26. El Decreto Ley 19990 regula el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), disponiendo los requisitos para que el titular acceda a una pensión de jubilación, de invalidez, así como los requisitos que deben cumplir los sobrevivientes a fin de acceder a una pensión de viudez, orfandad o ascendentes. Debido a que el tema se plantea respecto a la pensión de viudez y su relación la convivencia se analizará el artículo 53 del aludido decreto ley, que regula lo referente a la pensión de viudez, estableciéndose lo siguiente;

“Tiene derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas.

Se exceptúan de los requisitos relativos a la fecha de celebración del matrimonio los casos siguientes:

- a) Que el fallecimiento del causante se haya producido por accidente;
- b) Que tengan o hayan tenido uno o más hijos comunes; y
- c) Que la viuda se encuentre en estado grávido a la fecha de fallecimiento del asegurado.”

Como es de apreciarse, no se contempla en lo absoluto referencia alguna a la pareja conviviente. La explicación debe encontrarse en la inexistencia de la unión de hecho en la legislación nacional de aquella época. Como ya se expresó, ésta institución fue reconocida a nivel constitucional recién con la Carta Fundamental de 1979, desarrollándose legalmente en el artículo 326° del CC, casi un lustro después. Así, de una simple lectura del ordenamiento jurídico, podría concluirse que, puesto que no se contempla normativamente que las parejas de hecho sobrevivientes accedan a una pensión de viudez, la presente demanda tendría que ser desestimada. Y es que como ya se apreció, en el caso de la Seguridad Social, es el legislador ordinario quien configura legalmente los supuestos por los cuales se accedería al derecho.

27. No obstante, el defecto de tal argumentación estriba en interpretar la pretensión de la actora exclusivamente desde de la ley, cuando por el contrario, en el Estado social y democrático de Derecho, es a partir de la Constitución desde donde se interpretan las demás normas del ordenamiento jurídico. A propósito de ello, debe indicarse, como ya lo ha hecho este Tribunal en otras ocasiones, que el transito del Estado Legal de Derecho al de Estado Constitucional de Derecho supuso dejar de lado la tesis según la cual el texto fundamental era una norma carente de contenido jurídico vinculante, compuesta tan solo por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos.

“Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino

entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

§ Inconstitucionalidad sobreviniente y legislación preconstitucional

28. En rigor, corresponde en este extremo apreciar que los alcances de este precepto legislativo resultan ser una inconstitucionalidad sobreviniente, fenómeno presentado cuando una norma primigeniamente constitucional, deviene en inconstitucional porque no compatibiliza con la vigente norma constitucional. En este caso, el Decreto Ley 19990, fue desarrollado bajo el marco de la Constitución de 1933. Actualmente, sin embargo, como ya se tiene explicitado, debe interpretarse bajo los alcances de la configuración constitucional que le otorga el texto fundamental de 1993.

29. En tal sentido, es de enfatizarse que el hecho de que el Decreto Ley 19990 sea una norma preconstitucional, no significa que la Constitución vigente no sea el parámetro bajo el cual se debe aplicar tal decreto ley. Todo lo contrario, tal norma, como cualquier otra, debe ser interpretada y aplicada tomando en cuenta los derechos, principios y valores recogidos en la Carta Fundamental vigente. En consecuencia, es la norma y específicamente su artículo 53, el que tendrá que interpretarse a la luz de los valores y principios materiales del texto constitucional.

30. De esta manera, al haberse consagrado la protección de la familia como mandato constitucional, y siendo que la unión de hecho es un tipo de estructura familiar, queda por precisar las concretizaciones de esta protección y si es que en el presente caso, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de viudez se adecua a la Carta Fundamental.

31. La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción - o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral.

32. Pero ¿implica ello que no se estaría materializando el deber del Estado de promover el matrimonio? Tal argumentación parte de la errada premisa de que el otorgar pensión de sobreviviente a las parejas de hecho supérstite supone promover el matrimonio. Ello equivaldría a decir que desde que el Estado está obligado a promover el matrimonio, cierto número de uniones de hecho han tomado la decisión de casarse para poder acceder a la pensión de viudez. Lo cual resulta ilógico, atendiendo a la importancia institucional que el matrimonio tiene en nuestra sociedad. En tal sentido, no es coherente alegar que las personas contraigan matrimonio debido a que los convivientes no perciben pensión de sobrevivientes. Es otra la problemática y por tanto, otras las herramientas con las que el Estado promueve el matrimonio, como las que se derivarían del artículo 2.º, inciso j) de la Ley del Fortalecimiento de la Familia (Ley N.º 28542), que impulsa la unión marital de las uniones de hecho.

§ Sistema Privado de Pensiones (SPP) y pensión de viudez

33. A mayor abundancia debe observarse la desigualdad plasmada entre una misma situación jurídica y los distintos efectos que el ordenamiento propone. Como se ha observado, el SNP no reconoce efectos jurídicos, al menos expresamente, a la situación que afrontan las parejas de hecho sobrevivientes. Por el contrario, en el SPP las parejas de hecho sobrevivientes son beneficiadas con la pensión de viudez.

34. Ello ha sido recogido por el artículo 117º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 004-98-EF) que establece;

“Tienen derecho a la pensión de sobrevivencia los beneficiarios del afiliado que no se hubiere jubilado, siempre que su muerte no resulte consecuencia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, actos voluntarios o del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de preexistencias. El orden es el siguiente: El cónyuge o concubino conforme a lo establecido en el Artículo 326 del Código Civil; Los hijos que cumplan con los requisitos previstos en el inciso e) del Artículo 113 que antecede; [...]”.

35. En consecuencia, a una misma situación se le da trato diferenciado, o puesto de

otra forma, se hace una diferenciación entre iguales. La situación para este caso concreto es equivalente; la contingencia que implica la muerte del conviviente. Claramente, se está ante una vulneración del derecho-principio de igualdad. Esta diferenciación normativa no descansa sobre argumento objetivo y razonable que pueda justificar la diferencia de trato. La calidad y naturaleza, así como los mecanismos del SPP (forma y determinación de los aportes y del monto pensionario), en nada justifican que este reconocimiento sea legítimo y a nivel del SNP no lo sea.

36. En definitiva, el artículo 53 del Decreto Ley 19990, visto a la luz del texto fundamental, debe ser interpretado de forma tal que se considere al conviviente supérstite como beneficiario de la pensión de viudez. Ello desde luego, siempre que se acrediten los elementos fácticos y normativos que acrediten la existencia de la unión hecho por medio de documentación idónea para ello.

§ Análisis del caso concreto

37. Una vez que se ha dilucidado el problema planteado, esto es, la procedencia de la pensión de sobreviviente al conviviente, queda analizar si es que en el caso de autos la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión. Sobre tales requisitos debe interpretarse que estos son los mismo que los requeridos a las viudas en el artículo 53 del Decreto Ley N.º 19990.

38. En autos (fojas 5) obra copia de la sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Piura, que declara fundada la demanda que reconoce la unión de hecho entre doña Janet Rosas Domínguez y Frank Francisco Mendoza Chang.

39. Tomando en cuenta lo expuesto en los fundamentos precedentes, y al haberse acreditado la unión de hecho, en virtud del artículo 5 de la Constitución, del artículo 326 del Código Civil, así como del artículo 53 del Decreto Ley 19990, cuya interpretación es efectuada a la luz de la Constitución, le corresponde a la demandante la pensión de viudez.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda, ordenándose a la ONP que, de acuerdo a la interpretación del artículo 53 del Decreto Ley 19990 realizada por este Colegiado, se abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas Domínguez.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ.

CONCLUSIÓN:

Concluyendo el desarrollo de la unión de hecho en el Derecho peruano; desde mi punto de vista debo manifestar que hoy en día las parejas que viven bajo este régimen de la unión de hecho, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 326° del Código Civil vigente, cumplido el plazo de dos años de convivencia sin impedimento matrimonial, alcanzan finalidades y cumplen casi los mismo deberes y derechos semejantes a los del matrimonio, ya que hace un tiempo, solamente se aplicaba una sociedad de bienes que se sujeta al el régimen de la sociedad de gananciales, cuya institución tomada del matrimonio, mientras que hoy en día, conforme regula la Leyse reconoce el Derecho hereditario de las parejas que viven bajo este régimen, equiparando de esta forma a la unión de hecho con la institución del matrimonio, cuyas únicas diferencias entre ambas son; 1° El nomen iuris o denominación ya que la unión de hecho es fáctica y la unión matrimonial es jurídica, 2° En el Régimen patrimonial, ya que la unión de hecho sólo existe un régimen patrimonial, una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, mientras que la unión matrimonial origina dos regímenes patrimoniales, el régimen de sociedad de gananciales y el régimen de la separación de patrimonios, 3° Quedando una tercera diferencia, referente a la relación

paterno filial, debido a que los hijos o hijas procreados dentro de la unión de hecho, se consideran hijos extra matrimoniales, mientras que a los hijos procreados dentro del matrimonio son considerados hijos o hijas matrimoniales, finalmente aquella otra diferencia que existía entre las dos instituciones del Derecho familiar, es referente al Derecho hereditario con la modificación legal dispuesta, queda sin efecto y se convierte en semejanzas del matrimonio con la unión de hecho.

CAPITULO VII

LA UNION DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

7.1.- EN EL DERECHO LATINOAMERICANO¹⁶⁶.

1) Bolivia.- el art. 131, segundo párrafo, de la constitución del 24 de noviembre de 1945, expresaba: “Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con solo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba, o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La ley del registro civil perfeccionará estas uniones de hecho”. Por los arts. 158 y 159 del código de familia de 1972, las uniones conyugales libres o de hecho tienen lugar cuando el varón y la mujer, voluntariamente, constituyan hogar y hacen vida en común en forma estable y singular, siempre que no medien impedimentos matrimoniales dirimientes; dichas uniones producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Según el art. 160, quedan comprendidas en esas reglas las formas prematrimoniales indígenas, las uniones de hecho de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales y rurales.

2) Cuba.- El art. 43, sexto párrafo, de la constitución cubana del 5 de julio de 1940 disponía: “Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”.

La constitución de 1975 no contiene igual disposición, sino que se limita a deferir a la ley la regulación de formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio (art. 35). Es así como el código de familia dictado el mismo año distingue entre el matrimonio formalizado y el reconocido judicialmente. Conforme al art. 18, “la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y

¹⁶⁶ Belluscio. Augusto César. Ob. Cit. p. 425-428.

una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente”. De ser estable pero no singular, porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio reconocido surte efectos respecto de quien hubiera actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión (art. 18, segundo párrafo). El reconocimiento judicial del matrimonio produce efecto retroactivo a la fecha de iniciación de la unión (art. 19).

3) Guatemala.- El art. 74, segundo párrafo, de la Constitución del 11 de marzo de 1945, estableció: “La ley determina los casos en que, por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”. El art. 89 de la Constitución de 1956 se limita a disponer que “la ley determina lo relativo a las uniones de hecho.

En consecuencia de la primera de esas disposiciones constitucionales se dictó en 1947 el estatuto de las Uniones de Hecho, que reconoce los efectos del matrimonio a las uniones de hecho de personas capaces de contraerlo que hayan durado tres años, así como a las uniones o ritos, aun cuando no hubiesen durado ese tiempo.

Similares principios fueron recogidos por el código civil de 1963, que admite los efectos jurídicos de las uniones de hecho cuando la convivencia haya durado tres años y con tal que no medien impedimentos dirimentes. Su reconocimiento legal puede ser pedido por las partes al alcalde o a un escribano público, quienes deben transmitir la declaración de aquellas al registro civil para su transcripción. También puede ser reconocida la unión de hecho a pedido de una sola de las partes, ante la oposición o el fallecimiento de la otra, pero entonces por sentencia judicial, con tal de que haya sido solicitada dentro de los tres años de la cesación de la convivencia. La unión de hecho puede cesar por mutuo acuerdo, o por separación o divorcio decretados por los tribunales civiles. La subsistencia de la unión de hecho

constituye un impedimento para la celebración del matrimonio con otra persona, semejante al ligamen (Cod. Civ. arts. 173 a 189).

4) Panamá.- En Panamá, legisla este punto el art. 56 de la constitución del 1 de marzo de 1946, en estos términos:

“La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

“Para este fin bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho. Cuando no se haya efectuado esa solicitud, el matrimonio podrá comprobarse, para los efectos de la reclamación de sus derechos, por cualquier interesado, mediante los trámites que determine la ley judicial. Pero podrán oponerse a que se haga la inscripción o impugnarla después de hecha, el ministerio público, en interés de la moral y de la ley, o los terceros que sigan derechos susceptibles de ser afectados por inscripción, si la declaración fuere contraria a la realidad de los hechos”.

Estas normas constitucionales fueron reglamentadas por la ley del 12 de diciembre de 1956 sobre la unión de hecho.

5) Honduras.- El art. 101 de la Constitución de Honduras de 1957 reconoce el matrimonio de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraerlo, dejando librada a la ley civil la regulación de sus condiciones.

6) México.- En el estado mejicano de Tamaulipas, los arts. 70 y 71 del Código Civil consideran como matrimonio a todos los efectos legales la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer, siempre que entre ellos no existan impedimentos matrimoniales.

De Ibarrolla¹⁶⁷ en México, que expone ampliamente al respecto citando situaciones señaladas por otros juristas, que a continuación transcribimos en varios párrafos.

Reglamento no significa aprobar. Como las prácticas viciosas se siguen consecuencias importantes para el estado de las personas, mucho hay que reglamentar, por parte del Estado en provecho del orden público.

En china se llama a las concubinas mujeres pequeñas, siendo la esposa la gran mujer; a veces, esposas de segunda categoría. En toda sociedad monógama, es decir, que considera la monogamia como el régimen legal y deseable, la brutalidad de las pasiones impide que gran número de hombres se contenten con su mujer. Los que tienen medios para ello se procuran otras, y esta práctica, al penetrar en las costumbres, cesa de escandalizar. El concepto de matrimonio estrictamente monógamo es el chino. Su legislación, en relación con el concubinato fluctúa, pero, como nos hace notar De Smedt, *Le mariage en Chine*, 164 ss., a pesar de las fluctuaciones, la concubina es y permanece siempre claramente distinta de la mujer legítima.

En nuestro México no es por desgracia extraño el caso de miembros de la clase pudiente que, ya bien casados y con unos seis hijos, forman un *segundo frente*, fundando una casa chica al margen de su legítimo hogar.

La reglamentación del concubinato tiene muchas veces por objeto proteger a la esposa, cuyos derechos es preciso salvaguardar. Se salva lo que se puede, y la esposa también lo hace. De ahí muchas normas jurídicas que nos asombran, pero que se explican si se tienen cuenta que el adulterio del marido, en diversas sociedades antiguas, estuvo tan profundamente enraizado en las costumbres, que la misma esposa ya no se ofendía por él. Y notemos que la cópula del marido con mujer pública es igualmente adulterio.

¹⁶⁷ De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. p. 206-207.

También en nuestra sociedad encontramos este estado de espíritu, aunque en ella no sea corriente, ni esté sancionado jurídicamente. En ciertos ambientes de nuestra sociedad se admite que un joven tenga relaciones sexuales antes de su matrimonio. Incluso ciertas jóvenes no ocultan su deseo de que su futuro marido *se haya divertido* antes de su matrimonio. Hasta ha pasado a ser un proverbio que “el hombre que no se divierte antes, se divierte después”. En contra de ese modo de sentir, Vuillermet¹⁶⁸ afirma solida y tajantemente: *Chastete juvenile, securite matrimoniale*. Las jóvenes que piensan distinto, poseen una mentalidad que no difiere mucho de la mujer babilónica. Nosotros no podemos tolerar el principio contenido en la vieja frase francesa *Il faut que jeunesse se passe*.

7) Argentina.- Cuestiones de derecho civil: En materia de derecho civil se plantean una serie de cuestiones en las cuales influye de una u otra manera la existencia del concubinato. Algunas de ellas –la prorroga de las locaciones y los derechos alimentario y sucesorio entre cónyuges– han recibido solución expresa en la ley, en tanto que otras han sido resueltas por la jurisprudencia.

De los textos legales, el único que utilizaba el vocablo “concubinato” era el art. 89, inc. 1, ley mat. Civ., trasladado por la ley 23.515 al art. 223, inc. 1, Cod. Civ., que considera como tal a la unión de quienes han contraído de mala fe el matrimonio que es luego anulado; actualmente se le agregan el art. 257, Cod. Civ. (texto según ley 23.264), que presume la paternidad del hombre que vivió en concubinato con la madre en la época de la concepción, los arts. 210 y 218 (textos según ley 23.515), que hacen perder el derecho alimentario subsistente tras la separación personal o el divorcio vincular, respectivamente, por vivir en concubinato, y el art. 3574, cuarto párrafo (texto según ley 23.515), que dispone la pérdida del derecho hereditario del cónyuge separado legalmente –norma aplicable también a la separación de hecho por la remisión del art. 3575– por vivir en concubinato.

¹⁶⁸ Citado por De Ibarrolla, Antonio. Ob. Cit. p. 207.

8) Brasil.- La constitución brasileña de 1988, en el artículo 226 utiliza la terminología unión estable, así como el Código Civil de 2002, en su artículo 1723, en ambos casos se va a empezar a considerar a dicha terminología como concubinato puro. En tal sentido, el término concubinato, establecido en el artículo 1727 del Código, es aplicable a las relaciones entre el hombre y la mujer impedidos de contraer matrimonio. Dependiendo del impedimento, el concubinato podrá ser clasificado como impuro, adúltero o no adúltero, y en este caso, podrá ser clasificado como unión estable putativa¹⁶⁹.

7.2.- EN EL DERECHO EUROPEO.

España.

Las denominadas “parejas de hecho”¹⁷⁰ no han merecido, en España, la atención del legislador estatal. Este hecho, para parte de la doctrina, hace patente el deseo de que la regulación normativa de éstas “*nazca con una cierta etiqueta de categoría secundaria*” (Mata, 2002, p. 185). Esta postura parece contradictoria, por una parte, porque aunque desde la perspectiva constitucional no se reconoce un único tipo de familia, ya que la Constitución Española reconoce la institución familiar como entidad no ligada necesariamente al matrimonio (de Verdad, 2001, pp. 5-6), en los dispersos preceptos estatales existentes que contemplan efectos de las uniones de hecho se establece como diferencia específica de éstas el ser una unión de personas no ligadas por vínculo matrimonial. Por otra parte, porque como está justificado por un sector de la doctrina, ante un fenómeno social de la envergadura de éste, el Derecho no puede dejar de ocuparse de él si no desea errar en su función de control de la vida social (Mata, 2002, pp. 188-192).

¹⁶⁹ Varsi Rospigliosi, Enrique. Ob. Cit. Pag. 381-382.

¹⁷⁰ El Parlamento Europeo consultando diferentes fuentes, tanto comunitarias como extracomunitarias, estima que la expresión “parejas de hecho” se ha afianzado más que otras expresiones en español, utilizadas con menor frecuencia para referirse a la misma entidad, como “parejas estables”, “parejas (estables) no casadas”, “parejas no matrimoniales”, “uniones de hecho”, “uniones estables de pareja” o “uniones civiles (de hecho)”. Las correspondientes expresiones inglesas son “unmarried couples” o “unmarried partner”. Ver: Boletín. terminológico y normativo N° 48, de 27.11.2002.

Lo anterior no significa que no se haya desarrollado en el ámbito nacional de España un amplio debate sobre la regulación institucional de las parejas de hecho, y que a lo largo del último decenio no se hayan sucedido diversas iniciativas parlamentarias al respecto. Los ha habido, pero hasta el momento no se ha logrado el necesario consenso jurídico y político como para lograr una ley estatal.

Al contrario de lo sucedido en el nivel estatal, los ordenamientos jurídicos autonómicos han aportado y siguen aportando normas reguladoras de las uniones o parejas de hecho. La Constitución Española de 1978, que reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española (Art. 2) sólo les atribuye competencia legislativa para la “*conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*” (Art. 149.1.8º). Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, estatuyó que no sólo se trata de aquellas Comunidades que contaban con una compilación de su Derecho Civil propio al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también de aquéllas otras en las que preexistía un Derecho civil propio de tipo consuetudinario.

Si se recuerda lo dicho anteriormente sobre la renuencia del legislador estatal a regular las uniones de hecho se puede entender el peso que tienen las referencias jurídicas a las que se ha hecho alusión sobre el definido interés en contrario de las Comunidades Autónomas.

Francia.

El legislador francés mantuvo por mucho tiempo la idea de excluir de efectos legales la unión de hecho de personas que voluntariamente se situaban fuera de la institución del matrimonio. Esta renuencia y resistencia ante las diversas propuestas presentadas para dar “*una respuesta flexible a las evoluciones de la sociedad y de las parejas*”¹⁷¹ —desde los años 80, con el “pacto de interés común”— puede explicarse por el carácter de

¹⁷¹ http://www.archives.premier-ministre.gouv.fr/jospin_version3/es/ie4/

constitucionalidad que rodea a la forma única de matrimonio civil en Francia. (Mata, 2002, p. 220). A diferencia de España, donde la jurisprudencia constitucional desde época temprana se ha orientado a aceptar que *“nuestra constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”* (STC 222/1992, de 11 de diciembre/BOE 19 enero 1993).

Esta inmovilidad concluyó con la invención del pacto civil de solidaridad, a través de la Ley N° 99-944 del 15 de noviembre de 1999.

Las parejas no casadas en el Pacto Civil de Solidaridad (PACS)

El Pacto Civil de Solidaridad, reconoce a las parejas de hecho, también homosexuales, norma aprobado por el Parlamento francés, reconoce un nuevo estatuto a las parejas no casadas, del mismo o distinto sexo, y las equipara en algunos derechos con el matrimonio. Los homosexuales se felicitan de esta "victoria simbólica", que consideran sólo un primer paso en su reivindicación del matrimonio.

El PACS es un "contrato" establecido entre dos personas, del mismo o distinto sexo, para organizar su "vida en común". Aunque dirigido a la pareja, pueden utilizarlo también dos personas entre las que no existan relaciones sexuales. No pueden establecerlo entre sí personas ligadas por lazos de parentesco próximo (padres con hijos, hermanos y hermanas, tíos y sobrinos

El PACS, con la convención establecida entre las partes, se registra en el juzgado. Al principio se había pensado que se celebrara, como el matrimonio, en el Ayuntamiento. Pero 18.000 alcaldes firmaron una declaración en la que advertían que se negarían a acatar tal disposición, para defender el "matrimonio republicano".

El PACS concluye por la muerte o matrimonio de una de las partes, por mutuo acuerdo o por ruptura unilateral. Nada se dice sobre la posibilidad de

una indemnización en caso de ruptura, lo que tendrá que ser clarificado por la jurisprudencia¹⁷².

Suecia.

Al igual que otros países europeos, el legislador sueco titubeó largo tiempo antes de decidirse a regular la cohabitación extramatrimonial. “*Se planteaba la cuestión –dice la catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Lund, Ann Numhauser-Henning (1996, p. 45)– de si debía primar el respeto a la voluntad de estas parejas de no contraer matrimonio o si, por el contrario, debía imponerse una legislación con obligaciones y deberes que éstos no querían. Finalmente se impuso la opinión que consideró un deber del estado (o de la sociedad) establecer normas para ayudar a los ciudadanos a solucionar los problemas que puedan surgir de esta forma de convivencia; especialmente en cuanto afectaba a grupos que eran más indefensos como los niños y las mujeres*”. El instrumento fue la Ley de Cohabitación de 1987, que introdujo un sistema que en gran parte equipara la convivencia extramatrimonial con la matrimonial, pero que permite que las parejas acuerden que las normas de la ley no se les apliquen¹⁷³.

En el derecho sueco¹⁷⁴ la convivencia fuera del matrimonio está regulada por una ley especial: la Ley de Parejas de Hecho (2003:376. La Ley de parejas de hecho se aplica a dos personas no casadas del mismo o distinto sexo, que viven permanentemente juntos en una relación de afectividad análoga a la conyugal y comparten la misma casa. La legislación pretende ser una normativa de protección de la parte económicamente más débil, y no hay registro de que la relación tiene lugar. Cuando termina la convivencia (artículo 2), cualquiera de las partes puede solicitar la disolución y liquidación del régimen económico pactado durante el año siguiente (artículo 8). Las normas de división de los bienes de acuerdo con la Ley de parejas de hecho se basan

¹⁷² <http://www.acepresa.com/articles/francia-el-pacto-civil-de-solidaridad-reconoce-a-l/>

¹⁷³ Citado en <http://www.archives.premier-ministre.gouv.fr>.

¹⁷⁴ <http://www.coupleseurope.eu/es/sweden/topics/8-Qu%C3%A9-estipula-la-ley-con-respecto-a-la-propiedad-de-parejas-de-hecho-registradas-y-no-registradas/>

en las normas de división del Código Matrimonial. Sin embargo, los bienes que puedan ser objeto de una división de acuerdo con la Ley de parejas de hecho son mucho menos numerosos, ya que solo el hogar conjunto y los artículos domésticos de las parejas de hecho que se compren para el uso conjunto podrán ser objetos de división (los llamados bienes de las parejas de hecho). Los bienes de recreo, así como los bienes adquiridos antes de que comenzara la convivencia, quedan excluidos. Se divide el valor neto de los bienes de las parejas de hecho y el contrayente que sea propietario de la mayor parte de los bienes de las parejas de hecho podrá elegir si la compensación se llevará a cabo mediante el pago de una suma a tanto alzado o mediante la transferencia de activos de valor equivalente (artículo 17). Al cohabitante que necesite con la mayor urgencia el hogar podrá concedérsele el derecho a hacerse cargo de la vivienda cuando la convivencia termine, incluso si es propiedad únicamente del otro cohabitante, con la condición de que el bien se tenga en alquiler o con un contrato de arrendamiento (en sueco: *bostadsrätt*) (artículo 229). Al igual que con los cónyuges, se aplican las restricciones a la disposición del hogar común a las parejas de hecho artículos 23-25). Las parejas de hecho podrán convenir en que las normas de disolución y liquidación de la sociedad de la Ley de parejas de hecho no se les apliquen (artículo). La solicitud de disolución y liquidación de la sociedad debe presentarse a más tardar un año después de que la relación haya terminado (artículo 8. Apart. 2). Además, las parejas de hecho no casadas, así como los cónyuges, pueden celebrar un acuerdo preliminar sobre la disolución y liquidación de la sociedad cuando la convivencia esté a punto de terminar (artículo).

7.3.- El Derecho Hereditario en las uniones de hecho en el Derecho comparado.

El Código de Familia de la República de Centroamericana de el Salvador, regula el Derecho hereditario y prescribe de la siguiente manera.

Art. 121.- Cada uno de los convivientes será llamado a la sucesión abintestato del otro, en el mismo orden que los cónyuges.

El artículo 1635 del Código Federal Mexicano que a la letra dispone **“La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente**, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

7.4.- El Registro de las uniones de hecho en el Derecho Comparado.

A. En España.

La nueva ley de, matrimonios, no ha venido a derogar las disposiciones autonómicas en vigor respecto a las parejas de hecho.

Hasta la fecha de hoy (1-09-2007) hay 12 comunidades autónomas que han aprobado una ley sobre parejas de hecho que son las siguientes: ANDALUCÍA, ARAGÓN, ASTURIAS, BALEARES, CANARIAS, CANTABRIA, CATALUÑA, EXTREMADURA, MADRID, NAVARRA, PAÍS VASCO, VALENCIA.

Debe diferenciarse la pareja de hecho llamada convivencia mutua -que se recoge por algunas leyes existentes- (Cataluña, Ley de 28-12-98), pero que contemplan una unión estable con afectividad de tipo análoga con el matrimonio.

El ordenamiento jurídico español entiende por **"Pareja de Hecho"** la unión estable de convivencia entre un hombre y una mujer no unidos por matrimonio.

Sinónimos de la expresión de **“pareja de hecho”** son los términos de **“unión paramatrimonial”** y convivencia **“more uxorio”**.

Requisitos necesarios para que exista una pareja de hecho:

Para que se reconozca la existencia de una “pareja de hecho” la misma deberá poseer las siguientes características:

- Que se trate de una unión entre un hombre y una mujer.
- Una relación pública y notoria, esto es, que se comporten frente a terceros como si de un matrimonio se tratase.
- Que no estén unidas por matrimonio.
- Que lleven una vida estable y sea duradera.
- La existencia de unos intereses comunes en el desarrollo de una vida familiar.

Si bien se exige que la unión de hecho tenga cierta estabilidad, *la legislación actual no establece un plazo concreto a partir del cual se considera que existe la misma*, tan sólo la legislación de arrendamientos urbanos, al abordar el capítulo de las subrogaciones en los contratos de alquiler de viviendas, dispone que cabrá la subrogación del cónyuge o de la persona con quien conviva maritalmente independientemente de su opción sexual, siempre que esta convivencia haya durado al menos 2 años o exista descendencia en común.

Acreditación de la existencia de una pareja de hecho: **Deberán presentarse los siguientes documentos y pruebas:**

- **Capitulaciones “paramatrimoniales”** realizadas ante Notario: Acreditan la existencia de la unión desde la fecha de su otorgamiento o firma. En este documento suelen pactarse las relaciones económicas de la pareja, tanto las que van a regir su durante la relación de convivencia como las que se adoptarán en caso de ruptura.
- **Contratos privados** celebrados entre los compañeros, que tendrán un alcance similar a las capitulaciones anteriores.

- **Contratos bancarios**, contratos de aperturas de cuentas corrientes, suscripción de tarjetas de crédito... etc. pueden presuponer una disposición conjunta e indistinta del patrimonio común de los convivientes.
- **Contratos con terceros** como arrendamientos, venta de bienes... etc. demostrarían la existencia de una vida en común y de una disposición común de bienes.
- **El empadronamiento y el domicilio fiscal**, servirían para demostrar la convivencia de la pareja en la misma vivienda.
- **La cartilla de la Seguridad Social** y la designación de uno de los convivientes como beneficiario.
- **Los testigos.**
- **La existencia de hijos comunes**, así como el libro de familia expedido por el Registro Civil.
- El Registro de Uniones de Hecho acreditarían la convivencia de hecho desde la fecha de la inscripción en el mismo.

Los Registros de Uniones de Hecho

En la actualidad, existen en España aproximadamente unos *100 registros de parejas de hecho de ámbito municipal*. Para inscribirse en ellos, los miembros de las parejas han de cumplir los siguientes requisitos:

- **Ser mayor de 18 años o menor emancipado.**
- **No estar declarado incapaz.**
- **Que los miembros de la pareja no sean parientes por consanguinidad en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral.**

- **Que al menos uno de los miembros de la pareja se encuentre empadronado en el municipio en el que se solicita la inscripción.**

La regulación de estos registros es municipal por lo que es distinta en cada caso y así, en algunos supuestos se permite la inscripción en el Registro los acuerdos económicos otorgados por los convivientes en contrato privado o público y en otros casos sólo se permite la inscripción de las parejas de hecho heterosexuales sin que tengan acceso al mismo las parejas homosexuales.

Normalmente es necesario que ambos convivientes soliciten la inscripción en el Registro, bastando en los casos de ruptura de la pareja que tan sólo uno de ellos lo manifieste en el Registro.

En algunos casos se exige acompañar a la solicitud ciertos documentos (como el certificado de empadronamiento, el estado civil, la declaración de que se dispone de capacidad... etc.) y ésta se tramitará como si se tratase de un expediente administrativo que concluirá mediante resolución en la que se admitirá o denegará la inscripción de la pareja en el Registro.

La inscripción acredita:

- la existencia de la pareja de hecho.
- el inicio de su vida en común
- su régimen económico
- la aceptación de la normativa del registro y de los efectos que reconoce la misma a dicha inscripción.

B. En Ecuador.

En el derecho ecuatoriano conforme a la búsqueda efectuada por el investigador en la página Google de Ecuador nos damos con la sorpresa que en ese país existen los registros de uniones de hecho, llevadas a cabo vía notarial por voluntad de las parejas que viven bajo el régimen de las uniones de hecho, y para tal efecto adjunto un modelo de escritura pública como anexo del presente trabajo.

C. En Panamá.

El código de familia de la república de panamá del matrimonio de hecho, regula:

Art. 55.- Los convivientes podrán solicitar, conjuntamente, al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho, el cual podrá tramitarse por intermedio de los corregidores.

Esta solicitud se elevará a la Dirección General o a la Dirección del Registro Civil, y deberá probarse el matrimonio de hecho, con las declaraciones de dos personas honorables y vecinas del lugar donde se ha mantenido la unión, las cuales se rendirán ante los corregidores del lugar de residencia de los convivientes.

La Dirección General o Regional ordenará, mediante resolución, la inscripción respectiva, una vez hecha la comprobación del matrimonio; y éste surtirá efectos civiles desde la fecha en que se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 53.

D. En Guatemala

El Código Civil Guatemalteco equipara la unión de hecho con el matrimonio civil, siempre que sea registrada esta unión (Art. 182).

7.5.- Acción indemnizatoria y Derecho alimentario en el Derecho comparado.

En el Derecho Español.

La acción para reclamar la indemnización de daños y perjuicios por la muerte de una persona presenta la problemática de la dualidad de jurisdicciones, según que el hecho que haya ocasionado la muerte constituya

un ilícito penal –es decir, un hecho tipificado como delito o falta–, o, por el contrario, sea un hecho ilícito civil.

El Código Civil no hace referencia expresa a la indemnización por causa de muerte, pero ésta puede encajar en la cláusula general de responsabilidad civil regulada en el artículo 1902: “El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Así pues, la responsabilidad extracontractual se caracteriza, en nuestro Derecho, por la idea de culpa del sujeto causante del daño. De manera que si el evento dañoso produce la muerte de una persona, el autor estará obligado a indemnizar todos los daños objetivamente imputables a su conducta, por lo que deberá resarcir a las personas –sean o no herederos de la víctima–, que han resultado perjudicadas por su muerte.¹⁷⁵

En la doctrina española, Lacruz Berdejo señala que “si quien abandona el hogar común aceptó que la mujer al dedicarle toda su actividad y cuidados se pusiera en un estado de dependencia económica, parece que debe ser responsable de su mantenimiento mientras no pueda salir de ese estado (pensión de rehabilitación)¹⁷⁶.

En el Derecho Argentino.

Indemnización por muerte del concubino.- el concubino que se ha hecho cargo de los gastos de asistencia médica y funeraria del otro concubino, tiene derecho a reclamarlo directamente contra el responsable de la muerte¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Citado por: Mesa Marrero, Carolina. Ob. Cit. p. 268-269.

¹⁷⁶ Citado por: Medina, Graciela y Mendelewicz, José Daniel. Ob. Cit. p. 263.

¹⁷⁷ Belluscio. Augusto Cesar. Ob. Cit. p. 433.

En el Derecho Colombiano.

Indemnización al concubino sobreviviente al fallecido. El consejo de Estado, en discutida jurisprudencia, sostuvo que el concubino sobreviviente al fallecido, tiene derecho a reclamar al responsable de la muerte indemnización por el perjuicio moral y material sufrido¹⁷⁸.

***Indemnización por la ruptura de la convivencia*¹⁷⁹.**

La unión marital de hecho puede finalizar por la muerte de uno de los convivientes, o bien por el fallecimiento de ambos; también puede tener lugar por la voluntad coincidente de los dos integrantes de [a pareja, o esta ruptura puede tener su origen en la sola voluntad de uno de los concubinos.

La cuestión que ahora se trata es la que se produce en este último supuesto, es decir, cuando la decisión de interrumpir la convivencia aceptación por parte del otro.

En el ámbito matrimonial, la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha reconocido la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios derivados de la separación personal o del divorcio vincular cuando hubo declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges.

7.6.- La unión de hecho en la jurisprudencia internacional.

1.- En la jurisprudencia española.

Criterio contrario a la aplicación de normativa de gananciales¹⁸⁰.

- I. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de noviembre de 1990.

¹⁷⁸ Suarez Franco, Roberto. Ob. Cit. p. 447.

¹⁷⁹ Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. pp. 188-189.

¹⁸⁰ Mesa Marrero, Carolina. p. 192-195.

En el caso planteado se pretende la liquidación de bienes de la pareja aplicando las normas de la disolución de la sociedad legal de gananciales de forma analógica a una unión de hecho. El Tribunal rechaza la extensión analógica de dicha normativa, al considerar que el artículo 1392.2ª del Código Civil, exige la condición de cónyuge en quien solicita judicialmente la conclusión del régimen económico de la sociedad legal de gananciales, que en este supuesto no existe. Y esto no se opone al artículo 39 de la Constitución Española, pues esta norma constitucional, no impone la asimilación de situaciones fácticas a las legales. Además al no haber en el Código Civil un precepto que equipare los efectos del *status matrimonial* a las uniones de hecho, no cabe la asimilación.

II. Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 23 de abril de 1991.

La cuestión debatida se centra en la posibilidad de aplicar las normas sobre disolución de la sociedad de gananciales en caso de unión extramatrimonial. Declara el Tribunal que la convivencia de hecho genera consecuencias jurídicas, pero éstas no han de ser necesariamente iguales a las del matrimonio, y como refleja la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184), la Constitución no equipara matrimonio y convivencia extramatrimonial. Considera la sentencia que si se acude a razones de analogía, la exclusión del matrimonio, debe equipararse a la exclusión de la sociedad de gananciales que es un efecto del mismo, en cuyo caso según el artículo 1435.2ª CC debe regir- la separación de bienes.

Asimismo mantienen una postura contraria a la aplicación de la normativa de gananciales a las uniones de hecho, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de abril de 1990, la de la Audiencia Provincial de Granada de 4 de abril de 1990, la de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993 (AC 1993, 2086), la de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de febrero de 1994, y la de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de abril de 1997 (AC 1997 1003), entre otras.

Criterio favorable a la aplicación del régimen de gananciales.

I. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986.

En el litigio se debatía si a la conviviente supérstite podía disponer de todos los fondos de una cuenta bancaria y, si una compraventa realizada por la pareja en la que aparentaron ser cónyuges, fue hecha en copropiedad por partes iguales para ambos. La Audiencia rechazó la primera pretensión y respecto a la segunda, consideró probado que los convivientes habían convenido someter sus relaciones patrimoniales al régimen de gananciales pues, «... durante los largos años de convivencia hasta el fallecimiento del hombre, se atribuyeron recíprocamente y en forma ostensible ante la sociedad la condición de esposos, sometiendo sus relaciones económicas al régimen de la comunidad de gananciales, como de forma indubitada se manifiesta en la escritura pública de compraventa...».

La sentencia considera, respecto de la licitud y eficacia del citado convenio, que no existe precepto legal alguno que prohíba la celebración de un contrato en cuya virtud las partes convienen en hacer comunes para ambas las ganancias o provechos obtenidos indistintamente por cualquiera de ellas, mientras convivan maritalmente. Por todo ello, concluye el Tribunal declarando que, «... el contrato objeto de esta litis no sólo es lícito, sino ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone y cuyo "reconocimiento, respeto y protección ha de informar la práctica judicial"» (art. 53.3 CE).

II. Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de junio de 1987.

La controversia que se debate surgió al solicitar la actora, después de una convivencia de hecho que había durado cuarenta y dos años, que el demandado le entregase la mitad de los depósitos de dinero constituidos a

nombre de ambos. "El demandado reconvino solicitando que la división de los bienes incluyera además de los depósitos, todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos en el curso de la convivencia, y que se realizase en proporción a las aportaciones realizadas por cada uno.

A diferencia del supuesto debatido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, en este caso los convivientes no habían pactado nada respecto a la forma de organizar sus relaciones económicas. El Tribunal consideró que la situación de la pareja era análoga a la matrimonial y aplicó las normas de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

... es evidente que la unión mantenida durante tanto tiempo por demandante y demandado no fue una unión matrimonial. También lo es que ambos se comportaron, entre sí y frente a terceros, como si fueran componentes de una unión matrimonial estable y duradera (...). El citado Cuerpo Legal (en referencia al Código Civil) regula un supuesto de hecho semejante al estudiado, cual es el matrimonio, y, por lo tanto, en virtud del principio de aplicación analógica de las normas establecido en su artículo 4. es prudente tener en cuenta las disposiciones que contiene el Código Civil sobre régimen económico-matrimonial con el fin de resolver las cuestiones suscitadas por demandante y demandado. Al no existir pacto alguno sobre el régimen de los bienes que adquirieron en el curso de la convivencia, concluye la Sentencia que debe aplicarse el régimen de la sociedad de gananciales.

En la misma línea, mantiene un criterio favorable a la aplicación de la sociedad de gananciales la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño de 3 de abril de 1992 (AC 1992, 623).

Posición del Tribunal Supremo.

- I. Sentencia de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8589).

La cuestión que se debate en la Sentencia tiene los siguientes antecedentes: existió una convivencia de hecho entre la actora y don J. R. que duró dos años hasta el fallecimiento del compañero. En ese período la pareja ingresaba sus remuneraciones laborales en cuentas separadas de las que cada uno era titular único. La demanda de la actora se dirigió contra el albacea y el tutor de los hijos del que fue su compañero, y pretendía la declaración de ser cotitular por mitad del caudal relicto. Fue desestimada en las dos instancias, y el Tribunal Supremo también desestimó el recurso de casación.

Los motivos expuestos en la Sentencia para rechazar la pretensión de la demandante, pueden concretarse en los siguientes puntos:

1ª) No aparece probada la existencia de pacto alguno, expreso o tácito, por el que los convivientes convinieran en hacer comunes los bienes adquiridos en el curso de la convivencia.

2ª) La Sala reconoce la plena legalidad de toda unión de hecho estable, y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de una unión matrimonial.

3ª) No obstante, no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 184/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990, _184]. y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma.

4ª) Por ello, la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad de un determinado régimen económico de los que, para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede

patentizado por pacto expreso o tácito, que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo.

5²) En consecuencia, habrán de ser los convivientes interesados los que por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

El derecho de pensión-previsional¹⁸¹.

La disposición adicional décima de la ley española 30/1981 amplió los supuestos de pensión de viudedad, al incorporar, además del vínculo matrimonial entre el solicitante y la persona fallecida —el de la convivencia de hecho en las circunstancias previstas en aquella normativa— convivencia de la pareja, imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la referida ley y el fallecimiento del causante con anterioridad, por ello sólo a tales uniones de hecho ha extendido el legislador el derecho a percibir pensión de viudedad, limitación que no resulta lesiva del art. 14 de la Constitución que consagra el derecho a igualdad. La sentencia que deniega el derecho a percibir la pensión de viudedad solicitada por la actora —conviviente de hecho con el causante— en los términos de la disposición adicional décima de la ley española 30/1981, fundada en la ausencia de vínculo matrimonial, no implica discriminación alguna si, pese a su prolongada convivencia marital y al hecho de que su compañero falleciera durante la tramitación del procedimiento de divorcio, no cumplió con el requisito exigido por la normativa invocada, consistente en no haber podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación anterior, atento que la solicitud del divorcio no se planteó hasta 1987.

El pronunciamiento que deniega el derecho a percibir la pensión de viudedad solicitada por la recurrente —conviviente de hecho con el causante—

¹⁸¹ Azpiri, Jorge O. Ob. Cit. pp. 251-252.

fundada en otros supuestos sustanciales iguales en los que aquél se había reconocido, no vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley si las sentencias invocadas, independientemente de no quedar acreditado que decidieran sobre supuestos de hecho idénticos a los planteados en el caso, no fueron dictadas por el mismo órgano judicial que resolvió en el presente, requisito ineludible para considerar la eventual vulneración de aquel derecho, el que preserva únicamente frente a cambios arbitrarios e injustificados en los que pueda incurrir el órgano judicial en sus decisiones al interpretar y aplicar las normas en supuestos idénticos.

(STC, 17/2/98, “Ponente, Gonzales Campos, Julio D”, LL, 1998-F-588).

Los alimentos e indemnización en la jurisprudencia española.

Sentencias del Tribunal Supremo¹⁸².

a.- Sentencia de 11 de diciembre de 1992.- Pronunciándose al respecto de la forma siguiente: “...La Sala de instancia expone unos hechos –la atención por la recurrente de las obligaciones resultante de la posición y nivel social y económico del recurrido, el “estatus” mantenido por aquélla, etc.– y se refiere al empeoramiento sufrido a consecuencia de la ruptura de la relación con el recurrido, concluyendo que la “convivencia sirvió de estímulo a la labor profesional de éste, de cuya convivencia viene la obligación de reparar...”

Para la recurrente, lo sostenido por el Tribunal “a quo” pudiera fundarse en aplicación analógica del artículo 97 – señala la sentencia – tampoco se trata aquí de la fijación de una pensión por analogía con lo dispuesto para el caso de la separación o divorcio, lo que excluye cualquier aplicación de aquel, aunque ha de reconocerse que la sentencia impugnada, al invocar el “empeoramiento” sufrido por la recurrente, quizá tuvo presente la situación fáctica de que parte el precepto”.

¹⁸² Saura, Luís Fernando. Ob. Cit. pp. 100-101.

Será, a partir de ahora, cuando la sentencia en estudio desvele su postura, perfilando las motivaciones y fundamentos que abarcarán al pronunciamiento, y manifiesta: “Una reiterada doctrina jurisprudencial... tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio”.

En cuanto al primer requisitos ha reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el recurrido durante los años de convivencia con la recurrente, se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que los hechos declarados probados en la sentencia... se infiere que la colaboración prestada por la recurrente hubo de ser determinante, al menos en parte, de consecución de aquél, y por ello ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencia referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado... porque el ordenamiento jurídico no determina que convivencia extramatrimonial constituya, a quienes optan por ella, en la obligación de prestarse determinadas atenciones - en su relaciones profesionales o sociales, vida domestica, etc. – en la forma que está probado lo vino realizando la recurrente. Es evidente... no existe precepto legal que excluya para este caso, la consecuencia indemnizatoria del enriquecimiento sin causa...”.

b.- Sentencia de 22 de julio de 1.993.- SEXTO.- En la motivación quinta lo que se denuncia es la infracción por inaplicación de la jurisprudencia relativa al “enriquecimiento injusto”, alegación que no puede prosperar por no concurrir en el supuesto a que la misma viene referido ninguno de los requisitos que para la estimación de dicha figura señala la doctrina de esta Sala; así, al existir sociedad irregular ni posibilidad de admitir la existencia de una aplicación analógica del régimen de la sociedad de gananciales al

supuesto fáctico en que se apoya la demanda de la hoy recurrente, todas las especulaciones afectantes al enriquecimiento injusto caen por su base”.

2.- Jurisprudencia francesa¹⁸³. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato.

a) Los hechos

Las partes mantenían una relación concubinaria con anterioridad al año 1980. En el año 1984, los concubinos tienen un accidente de tránsito a raíz del cual la mujer sufre una gran incapacidad que le produce graves problemas de memoria; después de la salida del hospital, la vida en común se tornó difícil y el señor T. decide terminar con el concubinato.

b) La demanda

La señora P. demandó por francos 1.600.000 por la ruptura intempestiva del concubinato.

c) La sentencia.

El tribunal entendió que la ruptura del concubinato no puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios salvo que haya habido culpa en la ruptura; en el caso consideró que había ausencia de culpa aun cuando la finalización había sido consecuencia de un trágico accidente de tránsito sufrido por la mujer.

¹⁸³ Medina, Graciela y Mendelewicz, José Daniel. Ob. Cit. p. 269.

CAPITULO VIII

RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO SEGÚN EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.

Según la propuesta fundamentada en el proyecto de investigación presentado el año 2008 a la Unidad de Post Grado de Derecho, por el autor, antes de la entrada en vigor de la Ley, N° 29560 y la Ley N° 30007, ampliada de acuerdo a estas últimas normas, inicialmente tenía como finalidad resolver el conflicto jurídico del reconocimiento y/o declaración, y probanza de la unión de hecho, *introduciendo en la legislación nacional el registro de las uniones de hecho, cuya finalidad es la declaración voluntaria o extrajudicial de la unión de hecho*, evitando de esta forma ir a un proceso judicial de reconocimiento de la unión de hecho, a contrario sensu, sino hubiera voluntad de las parejas que viven bajo este régimen, el reconocimiento debe efectuarse judicialmente a petición de una de las partes, **en vía procedimental sumarísima** y no en vía procedimental de conocimiento como ocurre hoy en día por ser más largo y que requiere de más costo económico.

1.- Reconocimiento voluntario o extra judicial.

El reconocimiento o declaración extrajudicial de la unión de hecho se debe efectuar en forma voluntaria por ambos concubinos, siempre en cuando cumplan con los presupuestos y requisitos establecidos en la norma pertinente, inscribiéndose de esta forma la unión en el registro de las uniones de hecho ante la municipalidad o ante notaria del domicilio de ambas parejas.

1.- El Registro de las uniones de hecho.

La regulación de estos registros es municipal por lo que es distinta en cada caso y así, en algunos supuestos se permite la inscripción en el Registro los acuerdos económicos otorgados por los convivientes en contrato privado o

público y en otros casos sólo se permite la inscripción de las parejas de hecho heterosexuales sin que tengan acceso al mismo las parejas homosexuales.

Normalmente es necesario que ambos convivientes soliciten la inscripción en el Registro, bastando en los casos de ruptura de la pareja que tan sólo uno de ellos lo manifieste en el Registro.

En algunos casos se exige acompañar a la solicitud ciertos documentos (como el certificado de empadronamiento, el estado civil, la declaración de que se dispone de capacidad... etc.) y ésta se tramitará como si se tratase de un expediente administrativo que concluirá mediante resolución en la que se admitirá o denegará la inscripción de la pareja en el Registro.

El Registro de parejas de hecho tiene carácter administrativo y voluntario, y en él podrán ser inscritas las uniones de hecho de aquellas parejas libres de impedimento matrimonial que hacen vida de casados y que reúnan los requisitos exigidos por ley, contenidos actualmente en el artículo 326 del código civil del año 1984.

En el derecho comparado español: Acreditación y contenido jurídico de unión de hecho.

Excepto cuando se constituya la pareja mediante una escritura pública (único medio de prueba en este caso), puede acreditarse la convivencia por cualquier modo de prueba admitido en el ordenamiento jurídico (para los derechos relativos a la función pública o de carácter administrativo en Aragón se requiere su inscripción en el Registro de la Diputación General; y en Cataluña existe para este supuesto una prueba especial por escritura pública o acta de notoriedad, en Madrid la inscripción como pareja de hecho, tiene carácter constitutivo).

Los efectos personales y patrimoniales de la pareja estable pueden fijarse por acuerdo entre las partes, ya sea de forma verbal, en documento privado o público, tanto para la convivencia como a su término, siempre y

cuando se respeten los derechos mínimos contenidos en las respectivas leyes, que son irrenunciables. No cabe pacto de convivencia sometido a plazo o condición.

Actualmente según información vía internet y periodística dos provincias de nuestro país cuentan con Registro de Uniones de Hecho, el primero en la Municipalidad de Chiclayo del Departamento de Lambayeque y el segundo en la Municipalidad de Puno, en el departamento de Puno, y en la capital del Perú en la Municipalidad del Distrito de Villa el Salvador existió los registros de uniones de hecho fácticamente, sin embargo hoy en día existe un Decreto Municipal que regula el registro de uniones de hecho en esta municipalidad. Como se puede ver, estos registros son un avance, para que algún día con alcance de la presente investigación, se pueda regular legalmente dicha institución, presentando para tal efecto proyectos de ley.

Debo manifestar sin embargo, la existencia del registro de la unión de hecho, permitiría tener registradas con certeza a aquellas personas que están unidas por vínculos concubinarios, que en determinado momento ante el hecho de la muerte de su concubinario puedan acceder al patrimonio del fallecido (a), que otro problema que se tiene es como prueba la relación concubinaria el concubino sobreviviente, en cambio con este registro se garantizaría el hecho que los concubinos puedan tener eficacia de su relación concubinaria frente a todo hecho que directamente los pudieran afectar, como sería la muerte de uno de los concubinos, por eso señores que ya es hora que tomemos en cuenta nuestra realidad, la cual nos exige regular el derecho sucesorio en el caso de los concubinos, muchas veces la realidad ante las críticas religiosas priman en algunos casos, ya que el derecho es valoración de la vida humana, así que, para estas situaciones existen el ejercicio del Derecho alimentario de la concubina viuda, al solicitar una parte de la herencia como alimentos, pero por cuestiones de falta de regulación legal se quedan sin nada, estableciéndose recién con jurisprudencias estos derechos, para que esta relación concubinaria no pase un triste y amargo recuerdo de su pareja de hecho que fue al haberlo servido hasta sus últimos días.

A.- Antecedentes Legales de los Registros de las uniones de hecho en el Perú.

Los Registros de las uniones de hecho en el Perú, según comenta la jurista Meza Ingar¹⁸⁴. Los parlamentarios Ilda Urizar de Arias, Regulo Mujica Jerí y Joffre Fernández Valdivieso presentaron un proyecto de Ley que permita constituir prueba para demostrar la unión de hecho, a que se refiere el art. 326 del Código Civil.

Manifiestan los autores del proyecto, que dicho documento no tiene más objeto que procurar que las uniones o sociedades familiares de hecho, cuente con un instrumento que les permita demostrar frente a terceros su existencia. A la fecha, expresan el art. 326º, 2da. Parte, del Código Civil, obliga a que los miembros de la sociedad familiar de hecho concurren al Poder Judicial cuando necesitan contar con instrumento de prueba; eso se desprende del texto expreso que dice: La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse por cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

El proyecto de los parlamentarios referidos en su art. 1ro. Propone que **“las sociedades familiares de hecho a que se refiere el art. 9 de la Constitución Política del Estado, constituida para los fines a que se contrae el art. 326 del Código Civil, que hayan procreado uno o más hijos, o tenido un mínimo de 2 años, son susceptibles de inscribirse en una sección especial de los Registros del Estado Civil del domicilio de las mismas”**

Explicaron los autores del proyecto que mientras el artículo 326º requiere que la prueba de la existencia de tales uniones o sociedades familiares de hecho se obtiene previo procedimiento judicial, ***el proyecto presentado***

¹⁸⁴ Meza Ingar, Carmen. Ideas para un Código de Familia. Ob. Cit. p. 25.

reconoce la voluntad de las partes y en tal virtud, la prueba se constituye por la voluntad de las partes manifestada ante la autoridad municipal.

B.- El Registro de las uniones de hecho en la legislación vigente del año 2010.

Debo manifestar, que posteriormente a la propuesta planteada en el proyecto de investigación presentado por el autor el año 2008, se promulga el 15 de julio del año 2010, la Ley N° 29560, denominado, Ley de Reconocimiento notarial de la unión de hecho, la misma que fue publicada el 16 de julio del año 2010 en el diario oficial El Peruano, que modifica el artículo 1° de la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, regulando y permitiendo a las parejas que viven bajo el régimen de unión de hecho, puedan recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar el reconocimiento de unión de hecho.

Creándose el Título III, de ley citada, denominado declaración de unión de hecho existente entre el varón y la mujer que voluntariamente cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326° del Código Civil vigente.

La solicitud de reconocimiento voluntario, efectuada notarialmente debe incluir.

1. Nombre y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso de que conviven no menos de dos (02) años de manera continúa.
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
4. Certificado domiciliario de los solicitantes.

5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos (02) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (02) años continuos o más.
7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos (02) años continuos.

El trámite notarial regulado por esta Ley, dispone que el notario mande a publicar un extracto de la solicitud por una sola vez en el diario oficial y en otro de amplia circulación, consignándose el nombre y la dirección del notario ante quien se realiza el trámite. Trascurridos quince (15) días útiles desde la publicación del último aviso, sin que se hubiera formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes.

Culminado el trámite notarial, el notario remite los partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes para la correspondiente inscripción. En caso de oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente bajo responsabilidad.

Mientras que si, alguno de los solicitantes proporciona información falsa para sustentar su pedido ante el notario público será pasible de responsabilidad penal por Delito contra la Fe Pública tipificado en el Código Penal vigente.

Si las parejas desean dejar constancia de haber puesto fin a su estado convivencia podrán hacerlo por escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social. Para este caso no es necesario hacer publicaciones, concluyendo debemos manifestar que, el reconocimiento del cese de la unión de hecho se inscribe en el Registro Personal de los Registros Públicos correspondientes.

**CUADRO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE RECONOCIMIENTO DE
UNIÓN DE HECHO**

VÍA NOTARIAL O MUNICIPAL

SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO	RECEPCIÓN	INSCRIPCIÓN DE LA UNION DE HECHO EN EL REGISTRO
--------------------------------	-----------	---

2.- Reconocimiento Judicial de la Unión de Hecho.

Como se puede apreciar el reconocimiento judicial es bastante compleja hoy en día en nuestro país, por su parte, la jurista Meza Ingar¹⁸⁵. La familia peruana está protegida por la constitución política de 1993. Sin embargo para hacer efectivos los derechos, particularmente, las mujeres y los menores, como parte débil en la relación familiar, deben acudir a los estrados judiciales, donde las partes no son iguales ante la ley, si se tiene presente que el poder económico casi siempre el marido, puede conseguir esmerado asesoramiento que no siempre se concede en un Consultorio Jurídico Gratuito a cargo de practicantes, a donde concurren amas de casa sin recurso económicos.

El reconocimiento judicial de la unión de hecho, según nuestro aporte legislativo, evitando dilaciones del proceso, duraderas muchas veces por más de cuatro años actualmente, por tramitarse en vía procedimental de conocimiento; debe efectuarse en vía procedimental sumarísima, cumpliendo con los presupuestos y requisitos de procedencia establecidas en la norma modificada, uno de los concubinos interpondrá demanda por ante el Juzgado de Familia del lugar de domicilio de ambos concubinos, en todo caso por ante el Juzgado Mixto, siguiendo los siguientes pasos a seguir.

¹⁸⁵ Meza Ingar. Carmen. Reflexiones de Fin de Siglo. Exigráfica E.I.R.L. Lima. 1999. p. 158.

A. Presupuestos

1. Ambas parejas deben ser heterosexuales, es decir unión libre entre un varón y una mujer.
2. Ambas parejas debes estar libre de impedimento matrimonial.
3. Debe ser voluntariamente realizada.

B. Requisitos

1. El accionante, debe acreditar haber convivido (hecho vida en común) durante dos años continuos.
2. Debe ofrecer como medios probatorios, documentos “paramatrimoniales” realizadas ante Notario y que acrediten la existencia de la unión de hecho desde la fecha de su otorgamiento o firma. En este documento suelen pactarse la relaciones económicas de la pareja, contratos privados celebrados entre las partes y que tendrán un alcance similar a las capitulaciones anteriores, contratos bancarios, contratos de apertura de cuentas corrientes, suscripción de tarjetas de crédito, empadronamiento y certificado de domicilio convivencial que servirán para demostrar la convivencia de la pareja en la misma vivienda.
3. Otros documentos, tales como partida de nacimiento de hijos o hijas nacidos en el domicilio de los concubinos, así mismo partida o acta de matrimonio religioso.
4. Acreditar la unión de hecho con documentos propiamente dicho, tales como, fotografías, disco compact CD, DVD, USB, que contengan video de la relación concubinaria.
5. Ofrecimiento de pruebas testimoniales, tales como la declaración de testigos y declaración de parte.

6. Entre otros medios probatorios que acrediten la unión de hecho.

Ejercitada el derecho de acción por la concubina, cumplida con los requisitos de admisibilidad y procedencia la demanda, el juez, competente, debe admitir a trámite la demanda en vía procedimental sumarísima, correr traslado al demandado, contestada la demanda o en su rebeldía, el juez fijara fecha para una audiencia única, posteriormente emitirse la sentencia de reconocimiento judicial y/o declaración judicial de unión de hecho.

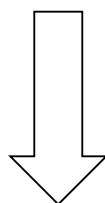
Como se puede apreciar la jurisprudencia nacional, para efectos de ejercer hoy en día los derechos que originan la unión de hecho debe previamente declararse judicialmente la unión de hecho en vía procedimental de conocimiento, para lo cual existe un pleno jurisdiccional al respecto.

CUADRO DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO
EN EL DERECHO PROCESAL VIGENTE

VÍA PROCEDIMENTAL DE CONOCIMIENTO

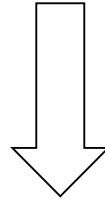
JUZGADO ESPECIALIZADO

	30 DÍAS	20 DÍAS	50 DÍAS	50 DÍAS	10 DÍAS
DEMANDA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE UNIÓN DE HECHO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	ACTO PROCESAL DE SANEAMIENTO Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS	AUDIENCIA DE PRUEBAS	SENTENCIA	RECURSO DE APELACIÓN



SALA SUPERIOR

10 DÍAS	10 DÍAS	VISTA DE LA CAUSA	SENTENCIA DE VISTA
TRASLADO DEL R. APELACIÓN	TRASLADO AL APELANTE		RECURSO DE CASACIÓN



CORTE SUPREMA

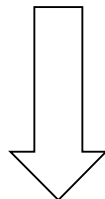
CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN	VISTA DE LA CAUSA	50 DÍAS
		SENTENCIA CASATORIA

RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE RECONOCIMIENTO DE UNIÓN DE HECHO CON LA PROPUESTA LEGISLATIVA DE INVESTIGACIÓN

VÍA PROCEDIMENTAL SUMARISIMA

JUZGADO DE PAZ LETRADO

DEMANDA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE UNION DE HECHO	5 DÍAS	10 DÍAS	10 DIAS SENTENCIA
	CONTESTACIÓN DE DEMANDA	AUDIENCIA UNICA	3 DÍAS APELACION



JUZGADO ESPECIALIZADO

VISTA DE LA CAUSA	SENTENCIA DE VISTA
-------------------	--------------------

CAPITULO IX

MARCO CONCEPTUAL.

En el presente punto expondremos una síntesis conceptual de algunos términos relacionados con la presente investigación, los cuales han sido tomadas de las teorías.

1.- Alimentos: Etimológicamente, la palabra viene del latín “alimentum”, que deriva, a su vez de “alo”: que significa nutrir.

Es la facultad que la ley concede a determinadas personas, como efecto legal del parentesco consanguíneo, para exigir del obligado por la ley una prestación en dinero y, por excepción en especie, para el mantenimiento y subsistencia decorosa de una persona indigente o impedida de procurárselo por si misma.

El artículo 472° del Código Civil establece que “se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia (...)”

El artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes establece que “Se considera por alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

2.- Derechos: En plural, esta voz posee ante todo acepciones jurídicas económicas: como impuesto y como honorarios. Dentro de lo estrictamente jurídico, el vocablo se emplea pluralizado cuando se refiere a un conjunto de normas o atribuciones que se concede, reivindica o ejerce colectivamente.

3.- Familia: Es una agrupación humana básica e institución social permanente y natural, conformada por un conjunto de personas, unidas

íntimamente por vínculos de sangre o por vínculos jurídicos, provenientes de relaciones intersexuales, de filiación, y que se sujetan a una conducta y convivencia en un mismo domicilio.

Nuestro código civil en su artículo 233° establece que “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

La constitución Política del Perú en su artículo 4. dispone que La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

4.- Matrimonio: Sociológicamente es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por la ley. Desde el punto de vista del Derecho, es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos.

El artículo 234° del Código Civil señala que “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común (...)”

En cierta manera existe unanimidad en que, a través del matrimonio, se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia.

5.- Matrimonio de hecho: Figura regulada por el Código de Familia Boliviano que define en los siguientes artículos de la siguiente manera.

Art. 158º.- Se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente, constituyen hogar y hacen vida común en forma estable y singular con la concurrencia de los requisitos establecidos por 109 artículos 44 y 46 al 50.- (Art. 194 Constitución Política del Estado: Ley N° 1615 de 6 de febrero de 1995).

Se apreciarán las circunstancias teniendo en consideración las particularidades de cada caso.

Art. 159.- Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación.

6.- Monogamia: Condición de monógamo. Sistema matrimonial en que sólo se reconoce por legítima una esposa. Es el régimen predomnante en todos los pueblos cultos; con la excepción de los mahometanos, por la tolerancia reconocida en el Corán. Por extensión, la legitimidad correlativa para la mujer de no tener sino un marido.

7.- Patria potestad: Es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen ambos padres respecto a los hijos cuando son menores de edad, exceptuando la patria potestad prolongada.

Es una institución familiar originaria del Derecho Romano, del páter familia, termino machista, que hoy en día superado dicha terminología inicial en la legislación brasilera se denomina potestad familiar.

8.- Poligamia: Régimen matrimonial en que al hombre se le permite tener simultáneamente dos o más esposas. Por extensión, poliandria.

9.- Régimen patrimonial de la unión de hecho: La unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, cuya régimen es tomada del matrimonio, diferenciándolo diremos que en el matrimonio existen dos regímenes, uno la sociedad de gananciales y el régimen de separación de patrimonios.

El Código Civil en su artículo 301, establece que. “En el régimen de de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad.

10.- Registro de las uniones de hecho: Registro de carácter administrativo y finalidad estadística y ordenadora de las uniones de hecho en el Perú.

Oficina administrativa municipal, donde consta de manera fehaciente la inscripción de las uniones de hecho.

En España La regulación de estos registros es municipal por lo que es distinta en cada caso y así, en algunos supuestos se permite la inscripción en el Registro los acuerdos económicos otorgados por los convivientes en contrato privado o público y en otros casos sólo se permite la inscripción de las parejas de hecho heterosexuales sin que tengan acceso al mismo las parejas homosexuales.

11.- Servinacuy: Es la denominación con que más frecuentemente se designa hoy en el Perú el matrimonio que se celebra entre los habitantes del Ande y oriundos de ella según las reglas de un ordenamiento consuetudinario y casi siempre al margen por entero del Derecho oficial del Estado.

12.- Unión de hecho: Denominado también concubinato propio o puro es la un ión extramatrimonial duradera, entre un varón y una mujer, de modo que pueden transformar su situación de hecho en una de derecho, por no existir impedimento alguno que obste la realización del matrimonio civil. Viven

en concubinato propio los solteros, los viudos, los divorciados y aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente.

La Constitución Política del Perú en su artículo 5° prescribe que. “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

El Código Civil peruano vigente en su artículo 326° establece que “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

13.- Vida en Común: La vida en común nace de la buena voluntad y de ganas, por ambas partes, de ceder y querer al otro (aún perdiendo para ello un poco de su propia personalidad y de sus legítimos derechos). “Dos no riñen si uno no quiere”, reza el refrán popular y nunca mejor aplicado que es esta ocasión. Cuando uno de vosotros esté dispuesto a hacer la felicidad del otro, está se podrá conseguir realmente, la atracción física, aunque haya existido en cierto momento, no ha sido el motivo principal que las ha llevado al matrimonio.

APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

El aporte de la presente investigación esta fundamentada en los lineamientos temáticos del Marco Teórico y Derecho Comparado aplicado a la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional.

A la doctrina: La presente investigación trae como aporte fundamental la interpretación jurídica y análisis amplio por especialistas del derecho familiar sobre el tema de investigación, cuyo punto importante de estudio es el reconocimiento voluntario o extrajudicial de la unión de hecho con la inscripción en los registros de uniones de hecho municipal o notarial, institución tomada del derecho comparado, cuya finalidad es el ejercicio de los derechos que origina esta institución por uno de los concubinos.

La inscripción de las uniones de hecho acredita:

- la existencia de la pareja de hecho
- el inicio de su vida en común
- su régimen económico
- la aceptación de la normativa del registro y de los efectos que reconoce la misma a dicha inscripción.

Gracias a la investigación podremos establecer pautas teóricas sobre la inscripción de las uniones de hecho en el registro correspondiente y los derechos a ejercer sin previamente ir al proceso judicial, como por ejemplo ejercer el derecho patrimonial de las uniones de hecho.

Aporte importante efectuado en el proyecto de investigación presentado por el autor el año 2008 sobre la inscripción de las uniones de hecho en un registro, que dio origen a la promulgación de la Ley N° 29560 del año 2010.

A la teoría.- Con la presente investigación pretendemos adoptar la institución de la unión de hecho a la posición regulatoria y proteccionista (mixta), para cuyo efecto describimos y analizamos ampliamente esta institución, evitando la igualdad con el matrimonio, ya que el primero nace de una relación de hecho y el segundo de una relación de derecho.

A la legislación: la investigación tiene como objetivo fundamental una propuesta legislativa de modificación del libro de familia del código civil referente a la unión de hecho regulando en un capítulo independiente en varios artículos, alcanzando para tal efecto un proyecto de ley al congreso.

PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN LEGAL DE LA UNIÓN DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

BREVE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La unión de hecho, debe estar regulada de la siguiente manera.

La convivencia de parejas libre de impedimento matrimonial, no es un fenómeno nuevo. Responde a diversas razones económicas, sociales y culturales, aunque también puede deberse a que algunas parejas confronten problemas para contraer matrimonio. A esta vida en común se le califica de diferentes formas: unión de hecho, sociedad doméstica, concubinato, relación consensual, unión libre, unión marital de hecho. Las uniones de hecho, Las uniones de hecho están reguladas en muchos ordenamientos jurídicos de manera plena, como es el caso de la unión conyugal Boliviana. A que se trata de una situación de hecho que se constituye al margen de todo formalismo. Es una realidad fáctica que en su creación escapa a los cauces jurídicos. *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, considerando que estos factores sociales han transformado el núcleo familiar y brindar protección jurídica a la unión de hecho, cuya definición, es unión de hecho la constituida por dos personas que, sin estar casadas entre sí, conviven como pareja afectiva de manera voluntaria, estable, pública y continua, durante un plazo no menor dos años, pero ambos libres de impedimento matrimonial.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO DE FAMILIA

CAPITULO II

DE LA UNION DE HECHO

Artículo 295.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, generando además derechos hereditarios. Siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

No puede pactarse la constitución de una unión de hecho con carácter temporal ni sometida a condición. Asimismo, son nulos los acuerdos contrarios al derecho y los que limiten la igualdad de derechos que corresponden a cada miembro.

EXTINCIÓN

Artículo 296.- La unión de hecho termina por muerte, declaración judicial de muerte presunta, acuerdo convencional o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del agraviado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

REQUISITOS

Artículo 297.- Para ser reconocida legalmente la unión de hecho debe cumplir con los siguientes requisitos.

Acreditar haber hecho vida en común por el plazo ininterrumpido de dos años en forma continua.

Tener documentos "extramatrimoniales" realizadas ante Notario y que acreditan la existencia de la unión desde la fecha de su otorgamiento o firma. En este documento suelen pactarse las relaciones económicas de la pareja, contratos privados celebrados entre las partes y que tendrán un alcance similar a las capitulaciones anteriores, contratos bancarios, contratos de apertura de cuentas corrientes, suscripción de tarjetas de crédito, empadronamiento y certificado de domicilio de la pareja, que servirá para demostrar la convivencia en la misma vivienda.

Certificación de testigos.

La existencia de hijas o hijos nacidos en el domicilio de los concubinos.

La manifestación a que se refiere el párrafo anterior, en forma voluntaria se hará constar en acta que levantará el alcalde, o en escritura pública o acta notarial si fuere requerido un notario, y en vía judicial se hará constar en el acta de audiencia de pruebas por el Juez de familia.

Identificados en forma legal, declararán bajo juramento sus nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, domicilio y residencia, profesión u oficio, día en que inició la unión de hecho, hijos procreados, indicando sus nombres y edades, y bienes adquiridos durante la vida en común.

RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN DE HECHO

Artículo 298.- Para ser reconocida legalmente la unión de hecho y se ejerzan los derechos que origina dicha unión, debe efectuarse de la siguiente manera.

Cuando hay acuerdo convencional de la pareja, la unión de hecho deben estar registrados en el registro de las uniones de hecho de la notaria o la municipalidad.

Cuando no exista acuerdo convencional de ambos concubinos, o cuando uno de ellos fallece si haberse registrado, el reconocimiento de la unión de hecho se efectuara judicialmente a petición de una de las partes.

La pretensión a que se refiere este artículo se tramita en vía procedimental sumarísima.

DEL REGISTRO DE LAS UNIONES DE HECHO.

Artículo 299.- El Registro de las uniones de hecho tiene carácter administrativo y voluntario, y en él podrán ser inscritas las uniones de hecho de dos personas libres de impedimento matrimonial, que reúnan las condiciones que establece el presente código.

UNIÓN DE HECHO IMPROPIO

Artículo 300.- Tratándose la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en el artículo 295, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1.- Conclusiones.

De todo lo sustentado en los aspectos metodológicos y los lineamientos temáticos de la investigación, se colige que la hipótesis ha sido debidamente confirmada, ya que, después de haber estudiado el instituto jurídico Familiar y especialmente la unión de hecho, con resultados positivos para ampliar nuestro marco teórico en este tema, con la presente Investigación tratamos de lograr y alcanzar los objetivos trazados recogiendo información reciente del tema e inferir las conclusiones siguientes:

1.- Como observamos nuestra realidad social nacional, las uniones de hecho, como institución jurídica, requiere de mayor protección legal, siempre con diferencia de la institución matrimonial, ya que ambas instituciones jurídicas, son fuentes que originan la familia.

2.- Las uniones que distintas al matrimonio albergan bajo sus alas a las familias, entendiendo que la finalidad principal es la protección a los niños y adolescentes y en honor a muchas personas que por no llenar requisitos formales del matrimonio son excluidas de muchos beneficios sociales, legales y económicos, es así como finalmente mediante la creación de los registros de uniones de hecho se protegerán a estas parejas, evitando procesos judiciales tediosos y gastosos.

De lo anterior se evidencia la importancia que tiene el hecho de que el legislador responda a las exigencias de la convivencia social, pues la sociedad por ser un agente cambiante, modifica las conductas, lo que debe generar, como en efecto lo hace, la transformación legislativa y lo que es mas importante el cambio paradigmático de la conciencia cultural y social.

Si bien se exige que la unión de hecho tenga cierta estabilidad, la legislación peruana no establecía el reconocimiento voluntario y/o extrajudicial de la unión de hecho, investigación que tiene como objetivo la protección plena de las parejas de hecho.

3.- Nuestra legislación ha regulado la unión de hecho en su concepción restringida, es decir, como la unión estable de varón y mujer libres de impedimento matrimonial, para cumplir deberes y finalidades semejantes a las del matrimonio, sin una regulación específica del reconocimiento legal de la unión de hecho.

4.- La existencia de una unión de hecho que origina una sociedad o comunidad de bienes que se sujeta a las normas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente, constituye una incertidumbre jurídica que corresponde eliminar al juez al interior de un proceso, en aplicación de lo prescrito por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, evitándose todo este trámite judicial con la simple inscripción voluntaria de las parejas de hecho en el registro de las uniones de hecho que se plantea con la presente investigación.

5.- Según la interpretación efectuada al artículo 326° del Código Civil, son requisitos para que exista la "unión de hecho" los siguientes:

Que sea una unión heterosexual (varón y mujer).

Que sea voluntariamente realizada y mantenida.

Que el varón y la mujer se encuentren libres de impedimento matrimonial.

Que la unión tenga por objeto alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio.

Que la unión dure por lo menos dos años continuos.

6.- Son efectos de las uniones de hecho:

- Origina una sociedad o comunidad de bienes a la que se aplican las normas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales en lo pertinente.

- La posibilidad de obtener indemnización o pensión alimenticia al ser abandonado por el concubino.

7.- La existencia de una unión de hecho que origina una sociedad o comunidad de bienes que se sujeta a las normas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente, constituye una incertidumbre jurídica que corresponde eliminar al juez dentro del proceso, en aplicación de lo prescrito por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, evitándose el trámite judicial engorroso y largo con la simple inscripción voluntaria de las parejas de hecho en el registro de las uniones de hecho que se plantea con la presente investigación.

2.- Recomendaciones.

Reconociendo la existencia de los registros de las uniones de hecho en la legislación comparada y en virtud de lo expuesto en las conclusiones de esta investigación recomienda:

1.- Al Poder Legislativo. Legislar en forma específica unión de hecho, creando normas o un instrumentos legales de protección a las parejas que viven bajo esta institución, hoy en día se hace necesaria la regulación de los registros de las uniones de hecho, la realidad demuestra que la mayoría de los casos que se someten a los juzgados de familia para su reconocimiento demoran años o son muchas veces declaradas infundadas o improcedentes por mal planteamiento, originando pérdida de tiempo y gasto de mucho dinero.

Para salvaguardar la figura del matrimonio, se recomienda que se establezcan entre otros requisitos los siguientes:

El tiempo, un mínimo de dos años de unión de hecho.

Notoriedad, que la relación sea de conocimiento público.

Cohabitación, o sea que los sujetos compartan un domicilio en común, que lleven una comunidad de vida.

Permanencia, debe ser una relación continua y no pasajera o momentánea.

Unión voluntaria de varón y mujer libres de impedimento matrimonial.

2.- Que en las Universidades Nacionales o Particulares se enseñe el curso de Derecho de familia incluyendo un capítulo amplio del estudio de las uniones de hecho, por cuanto es la base para la educación peruana.

3.- Tener claro la naturaleza jurídica de las uniones de hecho hoy en día, lo que permitirá diferenciarlo de la institución del matrimonio.

4.- Al momento de interponerse una demanda de reconocimiento judicial de unión de hecho, debe tenerse en cuenta que es vía procedimental sumarísima.

5.- Es necesario un cambio radical en la capacitación de estudiantes de Derecho, magistrados y de todos aquellos involucrados en la Administración de Justicia en el tema de las uniones de hecho en el Derecho Familiar peruano, por ello se recomienda la creación de un Centro de Capacitación a cargo del Ministerio de la Mujer esto para conocimiento de todas aquellas personas que viven bajo esta institución.

BIBLIOGRAFÍA.

Arias-Schereiber Pezet, Max. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo II. Derecho de Familia-Primera parte. Gaceta Jurídica.

Azpiri Jorge O. Uniones de hecho. Hammurabi-José Luís Depalma-Editor- Buenos Aires-2003.

Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Colección textos jurídicos universitarios. Harla-México.

Bautista Toma, Pedro y Herreros Pons. Manual de Derecho de Familia. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú. p. 12.

Belluscio, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo I. 6º edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires-1998.

Blanco Pérez-Rubio Lourdes. Parejas no casadas y pensión de viudedad. Ed. Estudios Civil Trívium. 1992.

Borgonovo, Oscar. El concubinato en la legislación y en la Jurisprudencia. Hammurabi-Buenos Aires.

Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 5º edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires-2003.

Burgeiere, A. (et. al.), Historia de la familia II, Madrid: Alianza 1988.

Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Sociedad Conyugal. Sociedad Paterno Filial. Amparo Familiar del Incapaz. Ediciones Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L. 1999.

Cornejo Fava, María Teresa. Matrimonio y Familia. Edit. 1ª edición. Tercer Milenio S.A. Lima-Perú. 2000.

De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición. EDITORIAL PORRÚA, S.A. México 1993.

De Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomos I y II, Bogotá Temis, 1961.

Demain, Bernard. La liquidación de Bienes en las Uniones de Hecho. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1992.

Díaz Valdivia, Hector. Derecho de Familia. Editorial Ediciones Jurídicas del Sur. Arequipa-Perú.

Espin, Eduardo. “Los derechos de la esfera personal”. En: AA.VV. Derecho Constitucional. Vol. I Tirant Le Blanch, Valencia, 2000.

F. D', Agostino, Elementos para una filosofía de la familia. Madrid. Rialp. 2002.

Fernández Revoredo, Marisol y Alcántara Francia Olga. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. T. II. Derecho de Familia-Primera Parte. Gaceta Jurídica.

Gallegos Canales, Yolanda y Jara Quispe, Rebeca. Manual de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia y Práctica. Jurista Editores. Edición 2009.

G. Pastor, Sociología de la familia. Salamanca - España

Kejelmajer de Carlucci, Aída. El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas, Tomo I. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa fe-Argentina.

Mallqui Reynoso Max y Otro. Derecho de Familia. Editorial San Marcos. Lima Perú-2001.

Mazeaud, Henri y León / Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil; parte primera, volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América – Buenos Aires, 1959.

Medina, Graciela y Mendelewicz, José Daniel. Responsabilidad por disolución del concubinato. Observatorio de Derecho Civil-La Familia. Volumen II. Motivensa Editora Jurídica. 2010.

Mesa Marrero, Carolina. Las Uniones de hecho. Aranzandi-Editorial.1999.

Meza Ingar. Carmen. Reflexiones de Fin de Siglo. Exigráfica E.I.R.L. Lima. 1999.

Meza Ingar. Carmen. Ideas para un Código de Familia. Registros de derecho de autor. N° 1143. Primera Edición1990.

Monge Talavera, Luz. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas T. II. Derecho de Familia-Primera Parte. Gaceta Jurídica.

Monroy Ley, Manuel Vicente. La Necesidad de regular el reconocimiento de la unión de hecho Post – Mortem en la Vía Extrajudicial. Tesis presentada a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Peralta Andía, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil; segunda edición. IDEMSA-Lima Perú, 1995.

Peralta Andía, Javier Rolando. Derecho de familia en el Código Civil. Tercera edición. Lima. Editorial Moreno S.A. 2002.

Pérez Vallejo, Ana María. Colección Jurídica de Derecho Privado-Sistema de Derecho Civil Derecho de Familia-Las parejas no casadas. Dykinson. Madrid-2002.

Placido V., Alex F. Regímenes patrimoniales del matrimonio. Gaceta Jurídica Editores, Lima-Perú.

Puig Brutau, José. Compendio de Derecho Civil; Volumen IV. BOSCH, Casa Editorial, S.A. – Barcelona.

Ramos Pazos, René. Derecho de Familia. Editorial Jurídica de Chile. 1999.

Roca, Encarna, “El Derecho a contraer matrimonio y la regulación de las uniones de hecho”. en autores varios, puntos capitales del derecho de familia en su dimensión internacional. Madrid. Dykinson, 1999.

Sánchez- Cordero Dávila. Introducción al Derecho Mexicano-Derecho Civil. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981

Saura, Luís Fernando. Uniones Libres y la Configuración del Nuevo Derecho de Familia. Tirant lo blanch – Valencia, 1995.

Serrano Alonso, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. Madrid: EDIFOSER S.L. 2000.

Vásquez García, Yolanda. Derecho de la Familia. Teórico-Práctico. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima Editorial RODHAS y editado por Editorial Huallaga, 1988.

Vásquez Olivera, Salvador. Derecho Civil – Definiciones. Palestra Editores. Lima – 2000.

Vega Mere, Yuri. En ensayo: Pautas para la Definición del Régimen Económico de la unión de hecho. Observatorio de Derecho Civil. La Familia. Volumen II. Motivensa-Editora Jurídica. 2010.

Vigil Curo, Clotilde Cristina. “Los concubinos y el derecho sucesorio en el Código Civil Peruano” Revista de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. 2003.

Villalta A. Esther / Méndez Rosa M. Acciones sobre parejas de hecho. Editorial Bosch, Madrid, 2001.

Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil –Derecho de Familia; Tomo I; 3ra edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma –Buenos Aires, 1998.

JURISPRUDENCIA

Cas. N° 2228-2003-Ucayali-emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú. Compu Juris. Base de Datos de Jurisprudencia. Editora Normas Legales S.A.C.2005.

Gaceta Jurídica. Dialogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial Número 46 julio 2002. Exp. N° 3243-2000: Cas. N° 3423- 2000: LA LIBERTAD. Lima, primero de agosto del dos mil uno.

Gaceta Jurídica. Dialogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Número 23 agosto 2000. ACCIÓN DE AMPARO: EXPEDIENTE N° 498-99-AA/TC: CAJAMARCA. Sentencia del Tribunal Constitucional.

Gaceta Jurídica. Dialogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y crítica jurisprudencia. Número 46. 2003. pp 282-283. CASACIÓN/Cas N° 3021- 2001 LIMA (Publicado el 2 de diciembre del 2002.

Ledesma Narváez, Marianela. Jurisprudencia Actual V. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II.
Editorial Heliasta.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

Enciclopedia Jurídica Latinoamericana. T. II. Rubinzal – Culzoni Editores

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. Editorial Bibliográfica Argentina-Buenos Aires.

Ezaine, Chávez. Enciclopedia de la Ciencia Jurídica-Diccionario Jurídico.
Parte Civil. A.F.A. Editores Importadores .S.A.

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

Constitución Política del Perú de 1979

Constitución Política del Perú de 1993

Código Civil del año 1984 y modificatorias.

Código Civil de la República de Guatemala.

Código de Familia de la República de Bolivia, Ley N°. 996. Del 04 de abril de 1988.

Código de Familia de la República de Cuba. Ley N°. 1289.

Código de Familia de la República de Panamá. Ley N°. 3. Del 17 de mayo de 1994.

Código de Familia de la República de el Salvador. D. Leg. N°. 677. Del 11 de octubre de 1993.

Código de Familia de la República de Costa Rica. Adicionado por el artículo 1 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995.

Código Federal Mexicano.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PAGINAS WEB.

Google Cuba <http://www.google.com.cu/>

Google Panamá- <http://www.google.com.pa/>

Google El Salvador <http://www.google.com.sv/>

Google de Costa Rica <http://www.google.co.cr/>

Google de Ecuador <http://www.google.com.ec/>

Google de México <http://www.google.com.mx/>

Google de España-Libros <http://www.google.es/>

Google de Guatemala <http://www.google.gt/>

<http://www.acepresa.com/articles/francia-el-pacto-civil-de-solidaridad-reconoce-a-l/>

http://www.archives.premier-ministre.gouv.fr/jospin_version3/es/ie4/

<http://www.coupleseurope.eu/es/sweden/topics/8-Qu%C3%A9-estipula-la-ley-con-respecto-a-la-propiedad-de-parejas-de-hecho-registradas-y-no-registradas/>

<http://impactoevangelistico.net/noticia/63-argumentos-contramaternidad-homosexual>

<http://www.monografias.com/trabajos78/incas-tercer-horizonte/incas-tercer-horizonte2.shtml>.

http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_estudio_derecho_familia/Conferencias/Archivos/UNIONES_DE_HECHO.ppt.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf

[http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/Codigo%20de%20Familia%20\(actualizada-07\).pdf](http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/Codigo%20de%20Familia%20(actualizada-07).pdf)

http://www.cubanet.org/htdocs/ref/dis/familia_1.htm

<http://www.migracion.gob.bo/upload/marcoLegal/leyes/ley-603.pdf>

<http://faolex.fao.org/docs/pdf/nic138841.pdf>

http://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_Familia_costa_rica.pdf

<https://www.scribd.com/doc/26968028/Codigo-de-Familia-de-la-Republica-de-Panamá>

ANEXOS:

A la presente investigación cumpla con adjuntar los siguientes anexos:
La unión de hecho, unión libre y/o matrimonio de hecho en Códigos de Familia, escritura pública notarial de unión de hecho y pleno jurisdiccional del Perú.

1.- La Unión de hecho en diferentes códigos de Familia de Latinoamérica:

CÓDIGO DE FAMILIA DE BOLIVIA

LEY N° 603

CÓDIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR

CAPÍTULO TERCERO UNIÓN LIBRE

ARTÍCULO 164. (PRESUNCIÓN). El trato conyugal, la estabilidad y la singularidad se presumen, salvo prueba en contrario, y se apoyan en un proyecto de vida en común.

ARTÍCULO 165. (FORMAS VOLUNTARIAS DE REGISTRO).

I. Ambos cónyuges de mutuo acuerdo y voluntariamente podrán solicitar el registro de su unión:

- a) Ante la o el Oficial de Registro Cívico correspondiente a su domicilio.
- b) Ante la autoridad indígena originario campesina según sus usos y costumbres, quien para fines de publicidad deberá comunicar al Servicio de Registro Cívico.

II. Uno de los cónyuges podrá realizar el registro unilateral de unión libre ante el Oficial de Registro Cívico, quien publicará en el portal web del Servicio de Registro Cívico y notificará en forma personal al otro cónyuge de la unión, para que en el plazo de treinta (30) días, se presente a aceptar o negar el registro.

III. Si la o el notificado no compareciere, o compareciendo negare la unión, la o el Oficial de Registro Cívico en el plazo de dos (2) días, procederá al archivo de los antecedentes salvando los derechos de la parte interesada.

ARTÍCULO 166. (COMPROBACIÓN JUDICIAL).

I. Si la unión libre no se hubiera registrado, cumpliendo ésta con los requisitos establecidos, podrá ser comprobada judicialmente.

II. Esta comprobación judicial puede deducirse por cualquiera de los cónyuges o sus descendientes o ascendientes en primer grado, en los casos siguientes:

- a) Cesación de la vida en común.
- b) Fallecimiento de uno o ambos cónyuges.
- c) Declaratoria de fallecimiento presunto de uno o ambos cónyuges.
- d) Negación del registro por uno de los cónyuges

ARTÍCULO 167. (EFECTOS DEL REGISTRO).

El registro voluntario o la comprobación judicial de la unión libre surten sus efectos en el primer caso, desde el momento señalado por las partes, y en el segundo caso, desde la fecha señalada por la autoridad judicial.

**LEY No. 1289
CÓDIGO DE LA FAMILIA**

REPUBLICA DE CUBA

Sección Tercera

DEL MATRIMONIO NO FORMALIZADO

ARTICULO 18. La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, sufrirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente.

Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión.

ARTICULO 19. La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial.

ARTICULO 20 (Derogado)

(Este artículo establecía que la ejecutoria recaída en proceso sobre reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial, se inscribiría en la sección correspondiente del Registro del Estado Civil del domicilio conyugal.

La Ley No. 51, de 15 de julio de 1985

- Ley del Registro del Estado Civil - en su Disposición Final Tercera derogó expresamente este artículo y reguló lo concerniente a dicha materia.

Ver artículo 72 y el párrafo final del artículo 58 de la Ley No. 51 de 15 de julio de 1985 - Ley del Registro del Estado Civil. Ver art. 113 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil puesto en vigor por la Resolución No. 157 del Ministro de Justicia, en 25 de diciembre de 1985).

CÓDIGO DE LA FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Ley N° 3

De 17 de Mayo de 1994

Publicada en la Gaceta Oficial N° 22.591 de 1 de Agosto de 1994

4. Del Matrimonio de Hecho.

Artículo 53. La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

Artículo 54. Las personas legalmente capacitadas son los menores adultos, las que no estén ligadas por vínculos matrimoniales y las que no se hallen comprendidas en los impedimentos establecidos en el Artículo 34. La condición de singularidad consiste en que la unión sea de un sólo hombre con una sola mujer. La condición de estabilidad se cumple cuando la convivencia sea constante, durable y permanente.

Artículo 55. Los convivientes podrán solicitar, conjuntamente, al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho, el cual podrá tramitarse por intermedio de los corregidores. Esta solicitud se elevará a la Dirección General o a la Dirección Regional del Registro Civil, y deberá probarse el matrimonio del hecho, con las declaraciones de dos personas honorables y vecinas del lugar donde se ha mantenido la unión, las cuales se rendirán ante los corregidores del lugar de residencia de los convivientes. La Dirección General o Regional ordenará, mediante resolución, la inscripción respectiva, una vez hecha la comprobación del matrimonio; y esté surtirá efectos civiles desde la fecha en que se cumplan las condiciones señaladas en el Artículo 53.

Artículo 56. El matrimonio de hecho podrá comprobarse judicialmente, cuando no se haya efectuado la solicitud a que se refiere el artículo anterior, por uno de los convivientes u otro interesado, para los efectos de la reclamación de sus derechos, mediante los trámites que determina el Libro IV de este Código. La sentencia ejecutoriada declarativa de la existencia del matrimonio, surtirá efectos civiles desde cuando, según lo probado, se cumplieren las condiciones establecidas en el Artículo 53. Para el caso, en la sentencia el juzgado determinará la fecha respectiva

Artículo 57. El Ministerio Público, en interés de la moral y la ley, o de tercero que alegue derechos afectados por la inscripción, podrá oponerse a que se haga la inscripción o impugnarla después de verificada, si la declaración fuese contraria a la realidad de los hechos.

Artículo 58. La impugnación que se hiciere al matrimonio de hecho ya inscrito en el Registro Civil, no podrá presentarse después de un año, a partir de la fecha en que se efectuó la inscripción registral, salvo lo dispuesto en el párrafo final del Artículo 227 de este Código.

Artículo 59. En caso de disolverse la unión de hecho, aunque no haya sido reconocida legalmente como matrimonio, a pesar de haber vivido la pareja en condiciones de singularidad y estabilidad por cinco (5) años consecutivos, le corresponderá, a cada uno de los miembros de dicha unión, la mitad de los bienes y frutos de éstos, adquiridos a título oneroso por cualquiera de ellos dentro del término de la unión.

CÓDIGO DE FAMILIA DE NICARAGUA

**LEY No. 870, Aprobada el 24 de Junio de 2014
Publicada en La Gaceta No. 190 del 8 de Octubre de 20014
El Presidente de la República de Nicaragua**

Capítulo VI De la unión de hecho estable

Art. 83 Definición de unión de hecho estable La unión de hecho estable descansa en el acuerdo voluntario entre un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio, libremente hacen vida en común de manera estable, notoria y singular mantenida al menos por dos años consecutivamente. Para todos los efectos los integrantes de esta unión serán denominados convivientes. La condición de singularidad consiste en la convivencia exclusiva entre un hombre y una mujer y la condición de estabilidad, se cumple cuando la convivencia en el hogar sea constante.

Art. 84 Escritura pública de declaración de la unión de hecho estable La declaración de la unión de hecho estable se podrá realizar, por los convivientes, ante las Notarias y los Notarios Públicos, autorizados para celebrar matrimonio, quienes autorizarán la escritura pública que llevará este nombre, cuyos efectos serán los de hacer constar, ante terceros, la existencia de la relación de pareja. Al momento del otorgamiento de la escritura pública los convivientes deberán declarar que han vivido de forma singular y estable; así como acompañarán en el acto notarial el documento idóneo que acredite la aptitud legal para la realización de dicho acto, todo lo cual serán cláusulas del instrumento público y lo concerniente a la aptitud legal, quedará incorporado al protocolo del Notario o Notaria.

Art. 85 Del reconocimiento judicial de la unión de hecho estable Al conviviente que le interese el reconocimiento de la unión de hecho estable,

por la falta de anuencia del otro o porque aquel o aquella ha fallecido, deberá solicitarlo ante los juzgados de familia competente, o quien haga sus veces, para lo cual demandará que comparezca personalmente, la persona de quien intente el reconocimiento o sus herederos o causahabientes, en caso de fallecimiento. A la solicitud se le dará trámite conforme el proceso especial común de familia, que establece el Libro Sexto de este Código, en el que deberá demostrarse el cumplimiento de los requisitos de estabilidad, singularidad, notoriedad y aptitud legal para contraer, a que se refiere este Código. En la sentencia que se declare el reconocimiento quedará fijada la fecha de inicio y extinción del vínculo de pareja, retrotrayendo los efectos jurídicos propios del matrimonio, a la fecha de iniciada la unión de hecho estable. Cuando uno de los convivientes hubiera fallecido, se deberá demostrar que la convivencia estaba vigente al momento del fallecimiento para los efectos de este Código.

Art. 86 Inscripción registral de la sentencia La sentencia que reconozca la unión de hecho estable, será inscrita en el Registro del Estado Civil de las Personas, para efectos de terceros.

Art. 87 Publicidad legal de la unión de hecho estable La unión de hecho estable declarada o reconocida ante la persona autorizada, asentada en el protocolo del notario o notaria, libro copiator de sentencia o inscrita en el Registro del Estado Civil de las Personas, demuestra la convivencia existente entre el hombre y la mujer.

Art. 88 Invalidez de una unión de hecho estable La mujer o el hombre que hicieran vida en común a sabiendas de que uno u otra ha reconocido su unión de hecho estable o contraído matrimonio con otra persona, sin que hubiese sido disuelto o inscrito en caso de haberse hecho en el Registro competente, no gozarán de la protección establecida en este Código, aun y cuando convivan libremente.

Art. 89 Derecho a la porción conyugal y a la herencia El hombre y la mujer que viven en unión de hecho estable debidamente demostrada, tiene el derecho de gozar de la porción conyugal y a ser llamado a la sucesión intestada en la misma proporción que los unidos en matrimonio.

Art. 90 Derechos y deberes del matrimonio aplicable a la unión de hecho estable Las disposiciones de este Código relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio, al régimen económico matrimonial; así como lo relacionado a la filiación y al derecho de alimentos, son aplicables para la unión de hecho estable.

Art. 91 Derecho a la seguridad social Para los efectos de la cobertura de los beneficios de la seguridad social a favor de las hijas e hijos nacidos bajo la unión de hecho estable, es prueba suficiente para el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social el certificado de nacimiento de la hija o hijo. Para los efectos de la cobertura de los beneficios de seguridad social a favor de uno o una de los convivientes de la unión de hecho estable, es prueba suficiente para el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, el testimonio de la escritura

pública de Declaración de la unión de hecho estable, o la certificación de inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas, de la sentencia de reconocimiento de la misma.

Art. 92 Formas de disolver la unión de hecho estable La unión de hecho estable podrá disolverse por:

- a) Mutuo consentimiento de los convivientes;
- b) Voluntad de uno de los convivientes;
- c) Nulidad declarada por autoridad judicial. En el caso de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe, también podrá declararla la autoridad territorial y comunal; o
- d) Muerte de uno de los convivientes. En el primer caso podrán acudir ante notaria o notario público que hubieren cumplido por lo menos diez años de haberse incorporado ante la Corte Suprema de Justicia, siempre y cuando no existan hijos e hijas que sean niños, niñas o adolescentes, ni mayores que sean personas con discapacidad, ni hubieren bienes en común. En caso de haber bienes en común y exista entre los convivientes acuerdo en la forma de uso o distribución de los mismos, la notaria o notario público puede disolver la unión de hecho estable, debiendo consignar dicho acuerdo en la escritura pública respectiva. El testimonio librado por la notaria o notario público y la resolución que dicte la autoridad judicial podrán inscribirse en el Registro del Estado Civil de las Personas.

Ley N° 5.476. Código de Familia

N° 5476

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

TITULO VII

CAPITULO UNICO

De la unión de hecho

Artículo 242: La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios de matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

Artículo 243: Para los efectos indicados en el artículo anterior, cualquiera de los convivientes o sus herederos podrá solicitar al Tribunal el reconocimiento de la unión de hecho. La acción se tramitara por la vía del proceso abreviado, regulada en el Código Procesal Civil, y caducara en dos años a partir de la ruptura de la convivencia o de la muerte del causante.

Artículo 244: El reconocimiento judicial de la unión de hecho retrotraerá sus efectos patrimoniales a la fecha en que se inició esa unión.

Artículo 245: Después de reconocida la unión, los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia. Cuando la convivencia termine por un acto unilateral injustificado de uno de los convivientes, el otro podrá pedir para sí, una pensión alimenticia a cargo de primero, siempre que carezca de medios propios para subsistir.

Artículo 246: La unión de hecho pública, notoria, estable y única, cuya duración sea mayor de cuatro años, en la cual uno de los convivientes esté impedido para contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, tendrá los efectos patrimoniales limitados que se estipulan en este artículo, pues los convivientes no tendrán derecho a exigirse alimentos.

De romperse esa unión, los bienes adquiridos durante la convivencia deberán repartirse en partes iguales entre los convivientes.

Los derechos se reconocerán dentro del proceso abreviado establecido en el artículo 243 (*) de este Código. En tal caso, deberá tenerse como partes a quienes puedan resultar afectados por la resolución y al Patronato Nacional de la Infancia si existen hijos menores.

Si uno de los convivientes muere, el supérstite conservará su derecho patrimonial sobre el cincuenta por ciento (50%) de los bienes adquiridos durante esa unión. Para que se le reconozca ese derecho, deberá plantear el proceso abreviado de reconocimiento de la unión de hecho dentro del juicio sucesorio correspondiente.

Comprobado el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo, el juez adjudicará al conviviente supérstite el cincuenta por ciento (50%) de los bienes adquiridos durante la convivencia y ordenará excluirlo de la masa hereditaria.

CÓDIGO DE FAMILIA DE EL SALVADOR

DECRETO No. 677.-

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

TITULO IV

LA UNION NO MATRIMONIAL

CAPITULO UNICO

CONCEPTO Y EXTENSION

Art. 118.- La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.

Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Asimismo gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el período de convivencia.

REGIMEN PATRIMONIAL Y GASTOS DE FAMILIA

Art. 119.- Los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión y sus frutos, así como los que produjeren los bienes que cada conviviente tenía a la iniciación de la unión, se aplicarán a ambos convivientes o sus herederos, las reglas del Régimen de la Participación en las Ganancias.

En lo que respecta a los gastos de familia, los convivientes estarán sujetos a lo que dispone el artículo 38.

PROTECCION PARA LA VIVIENDA FAMILIAR

Art. 120.- Será aplicable al inmueble que sirve de habitación a los convivientes y a su familia lo que dispone el artículo 46.

Art. 121.- Cada uno de los convivientes será llamado a la sucesión abintestato del otro, en el mismo orden que los cónyuges.

ACCION CIVIL

Art. 122.- En caso de muerte, el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por los daños morales y materiales que hubiere sufrido.

DECLARACION JUDICIAL

Art. 123.- Para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial, se requiere declaración judicial previa de su existencia. Dicha declaración procederá al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión.

Siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para hacer uso de cualquiera de los derechos otorgados por este Código, aquélla deberá declararse judicialmente.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Art. 124.- La sentencia declarativa de la existencia de la unión, en los casos del inciso primero del artículo precedente, determinará:

1o) La fecha de inicio y de cesación de la unión;

2o) Los bienes adquiridos por los convivientes y los frutos de éstos deberán establecerse de acuerdo al Régimen de Participación en las Ganancias regulado en el Art. 51 de este Código;

3o) La filiación de los hijos procreados durante ella, que no hubiere sido previamente establecida;

4o) A quien de los padres en su caso, corresponderá el cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental habidos dentro de ella, el régimen de visitas, comunicaciones y estadía de los mismos, para que el padre o madre que no viva con ellos, se relacione con sus hijos; y el monto de la pensión alimenticia con que el otro deberá contribuir; y,

5o) A quien corresponderá el uso de la vivienda y menaje familiares;

La certificación de la sentencia que declare la existencia de la unión, deberá inscribirse en el Registro del Estado Familiar, y en los demás registros públicos, según procediere.

CADUCIDAD DE LA ACCION

Art. 125.- La declaratoria de existencia de la unión no matrimonial, deberá pedirse dentro del año siguiente contado a partir de la fecha de ruptura de la misma o del fallecimiento de uno de los convivientes, so pena de caducidad, Esta acción podrá ser entablada por cualquiera de los convivientes o sus herederos.

INTEGRACION CON OTRAS LEYES

Art. 126.- Lo dispuesto en el presente título debe entenderse sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan en favor de los convivientes o compañeros de vida.

CÓDIGO DE FAMILIA DE HONDURAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

República de Honduras, C. A.

DECRETO No. 76-84

EL CONGRESO NACIONAL

DECRETA:

EL SIGUIENTE,

CODIGO DE FAMILIA

CAPÍTULO V

DE LA UNIÓN DE HECHO

Artículo 45 La existencia de la unión de hecho entre un hombre y una mujer, con capacidad para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio realizado legalmente, cuando fuere reconocida por autoridad competente.

Artículo 46 Cuando la unión de hecho establecida no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, la unión de hecho surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos en la unión, sin perjuicio de los derechos legales de la esposa e hijos del matrimonio.

Artículo 47 El reconocimiento de la unión de hecho puede obtenerse compareciendo los interesados ante el Alcalde Municipal, Presidente del Concejo Metropolitano del Distrito Central o ante el Notario, haciendo manifestación verbal o escrita de su intención de formalizar dicha relación, presentando los documentos y expresando los datos consignados en el Artículo 24 de este Código.

Artículo 48 Además de lo indicado en el Artículo anterior, deberán los comparecientes proporcionar la siguiente información:

- a) Fecha en que se inició la unión de hecho,
- b) Hijos que han procreado, indicando sus nombres y edades; y si éstos hubiesen sido procreados antes de haberse iniciado la unión de hecho, se mencionará también esta circunstancia, presentando los respectivos documentos;
- c) Si ambos o alguno de los interesados tuvieren hijos de otra unión o matrimonio precedentes; y,
- d) Bienes adquiridos durante la vida en común.

Artículo 49 El Presidente del Concejo Metropolitano del Distrito Central y el Alcalde Municipal levantarán acta y harán la inscripción correspondiente; el Notario expedirá el correspondiente testimonio del acta de formalización de la unión de hecho y la remitirá al Registrador Civil Jurisdiccional dentro de los quince días siguientes para que proceda a la inscripción de la unión de hecho, oficina que entregará a los interesados constancia de dicha inscripción, la que producirá iguales efectos que la certificación de matrimonio.

La falta de esta remisión por el Notario será sancionada a solicitud de parte, con una multa de (L.10.00) DIEZ LEMPIRAS, que impondrá el juez competente y la cual ingresará a la Tesorería Municipal.

La certificación del acta municipal o el testimonio notarial, se presentará al Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil si se hubieren declarado inmuebles como bienes comunes.

No se formalizará la unión de hecho si no se presentaren los documentos y no se cumplieren los requisitos del Artículo 24 de este Código.

Artículo 50 Los bienes comunes no podrán enajenarse ni gravarse sin consentimiento de las dos partes, mientras dure la unión y no se haya hecho la liquidación y adjudicación de los mismos.

Artículo 51 También puede solicitar el reconocimiento de la unión de hecho una sola de las partes, ya sea por existir oposición o por haber muerto la otra, en cuyos casos deberá presentarse el interesado ante el Juez competente, quien en sentencia hará la declaración de la unión de hecho, si hubiere sido plenamente probada. En dicha declaración fijará el Juez, el día o fecha probable en que la unión dio principio, los hijos procreados y los bienes adquiridos durante ella.

En caso de fallecimiento la demanda se entablará contra los herederos y en defecto de éstos contra el pariente o parientes más próximos del fallecido. La certificación de la sentencia favorable al demandante, deberá presentarse al

Registrador Civil y al Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil si hubiere bienes inmuebles, para que se proceda a las respectivas inscripciones.

Artículo 52 La acción a la que se refiere el Artículo anterior deberá iniciarse antes de que transcurra un año, a partir de la fecha en que haya cesado la unión o haya ocurrido la muerte del otro conviviente.

Artículo 53 La mujer que a sabiendas de que el varón tiene registrada su unión de hecho con otra mujer, y el hombre que a sabiendas de que la mujer tiene registrada su unión de hecho con otro hombre, hicieren vida común, no gozarán de la protección de la Ley, mientras la unión registrada no hubiere sido disuelta legalmente y liquidados los bienes comunes.

Artículo 54 En el caso de que varias mujeres igualmente solteras demandaren la declaración de la unión de hecho con el mismo hombre Soltero, el Juez hará la declaración únicamente a favor de aquella que probare los extremos previstos en el Artículo 53 y en igualdad de circunstancias, la declaración se hará en favor de la unión más antigua. Lo dispuesto en este Artículo es aplicable siempre que las uniones de hecho que se pretenda, se declaren, coexistan en el momento de solicitarse la declaratoria respectiva o bien en la fecha en que incurrió la muerte de la persona con quien se mantuvo la unión de hecho.

Artículo 55 La unión de hecho inscrita por el Registrador Civil produce los efectos siguientes:

- 1) Los hijos nacidos después de ciento cincuenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario;
- 2) Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por un sólo de ellos a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad;
- 3) Derecho de una de las partes a solicitar la declaratoria de ausencia de la otra y una vez declarada, pedir la cesación de su unión con el ausente, liquidación del haber común y adjudicación de los bienes que le correspondan;

- 4) En caso de fallecimiento de alguno de ellos, el sobreviviente puede pedir la liquidación del haber común y adjudicación de bienes, al igual que en el caso del numeral anterior; y,
- 5) Sujeción del hombre y la mujer a los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio.

Artículo 56 La unión de hecho puede cesar por mutuo acuerdo en la misma forma que se constituyó o por cualquiera de las causas señaladas en el divorcio y la separación, en cuyo caso la cesación deberá ser declarada judicialmente.

La cesación de la unión de hecho por mutuo acuerdo, deberá hacerse constar ante el Juez competente del domicilio de los convivientes; pero para que se reconozca y se ordene la anotación respectiva al Registrador Civil, debe cumplirse previamente con lo que dispone este Código, con respecto al divorcio de los cónyuges.

Artículo 57 El varón y la mujer cuya unión de hecho consta en forma legal, se heredan recíprocamente ab-intestato en los mismos casos que para los cónyuges determina este Código.

Las disposiciones de este Código relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio y el régimen económico de éste, tienen validez para las uniones de hecho, en lo que fueren aplicables.

Artículo 58 Terminadas las diligencias de la cesación de la unión y satisfechas las exigencias legales, la autoridad que haya intervenido en ellas o el Notario que autorice la escritura de separación, liquidación y adjudicación de bienes, dará aviso al Registrador Civil que inscribió la unión de hecho, para que se haga la anotación correspondiente. La contravención a este Artículo será sancionada con una multa de diez lempiras.

Artículo 59 La separación una vez registrada, deja libres de estado a hombre y mujer, pero sin que esto perjudique las obligaciones que ambos tienen que cumplir con respecto a los hijos, quienes conservarán íntegros los derechos a ser alimentados, no obstante cualquier estipulación de los padres.

Artículo 60 Para que pueda autorizarse el matrimonio de cualquiera de los dos que haya hecho vida común que estuviere registrado, es indispensable que se proceda cumplir con lo preceptuado en el Artículo 48.

Artículo 61 A la unión de hecho puede oponerse parte interesada para exigir que previamente se resuelvan cuestiones pendientes y se liquiden los bienes comunes.

El funcionario que intervenga en el matrimonio, no podrá autorizarlo si el solicitante no comprueba haber liquidado los bienes comunes y asegurados la prestación de alimentos de los hijos.

Artículo 62 Para que la unión de hecho pueda ser formalizada es necesario que las personas hayan hecho vida en común por un lapso continuó no menor de tres años.

No obstante, si antes de ese período hubieren procreado hijos se podrá formalizar la unión de hecho por cualquiera de las modalidades previstas en este Título, siempre que se cumplieren los requisitos establecidos en este Código.

Artículo 63 Cuando la unión de hecho que se demanda fuese irregular porque uno de los convivientes esté casado o tenga unión de hecho formalizada con otra persona, dicha situación irregular no podrá ser formalizada, pero sí producirá efectos respecto del conviviente de buena fe de la unión irregular y de los hijos procreados.

2.- Escritura Pública Notarial de Registro de Uniones de hecho en Ecuador.

Escritura pública número... En la ciudad de Guayaquil, el día de hoy, lunes ocho de enero de dos mil siete; ante mi, Doctor..., Notario... de este cantón: COMPARECEN, Don XXX y Doña ZZZ, portadores de la cédula de ciudadanía números 111 y 222 respectivamente; por sus propios y personales derechos. Los comparecientes son de nacionalidad ecuatoriana; mayores de edad, de estado civil divorciado y viuda, respectivamente, vecinos de esta ciudad, domiciliados en AAA a quienes de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido sus respectivas cédulas de ciudadanía, cuyas copias debidamente certificadas por mí, se agregan a esta escritura. **Bien instruidos por mí, en el objeto y resultados de esta escritura, que a celebrarla proceden libre y voluntariamente**, por la que los comparecientes en aplicación a lo dispuesto en el numeral veintiséis del artículo dieciocho de la Ley Notarial, manifiestan en forma expresa, por la presente escritura pública, que es su voluntad el de constituir formalmente la unión de hecho que vienen manteniendo desde hace aproximadamente tres años, en forma estable y monogámica habiendo de esta forma formado de hecho un hogar, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, dando origen a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad conyugal, por lo que declaran reconocerse mutuamente los derechos y obligaciones, similares a los que genera el

matrimonio. Hasta aquí el texto de las declaraciones formuladas por los comparecientes, que quedan elevadas a escritura pública con todo el valor legal, y que las solemnizo en virtud de la fe pública de la que me hallo investido. Leída que les fue a los comparecientes la presente escritura, por mí el notario, se ratifican y firman conmigo en unidad de acto, de todo lo cual doy fe.

3.- PLENO JURISDICCIONAL PERUANO

PLENO JURISDICCIONAL 1998

ACUERDO N° 8: UNION DE HECHO: EJERCICIO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE ESTA RELACIÓN

8.1. ¿Entre los con vivientes ¿se requiere declaración judicial previa de la unión de hecho para iniciar juicio de alimentos o solicitar indemnización?

CONSIDERANDO:

- Que, el otorgamiento de la pensión alimenticia se funda en un estado de necesidad, que deviene en impostergable, que de otro lado la naturaleza de la obligación alimentaria resulta indistinta tanto en una unión de hecho como en el matrimonio y su basamento reside en la imposibilidad del alimentista de atender por sí mismo su subsistencia; por lo que remitiéndonos al artículo 326 del Código Civil, en la unión de hecho solo debe requerirse principio de prueba escrita para su concesión.

- Que, en cuanto al principio de prueba escrita se funda en el supuesto que un escrito no produzca convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios y que se encuentra previsto en el artículo 238 del Código Procesal Civil; debiendo tenerse presente que: "La prueba instrumental está constituida por los escritos que perpetúan los hechos o actos jurídicos realizados, capaces de crear derechos y obligaciones". En la

generalidad de los casos es una prueba preconstituida, anterior al juicio, por lo tanto garantiza la veracidad de los hechos o actos ejecutados. De lo que se concluye, en cuanto al pedido de alimentos o indemnización, que el juzgador se encuentra facultado por el artículo 194 del Código Procesal Civil a la actuación de medios probatorios que le produzcan convicción de tal relación.

EL PLENO: POR CONSENSO ACUERDA:

Que para solicitar alimentos o indemnización entre concubinos no se requiere declaración judicial previa de la unión de hecho, pero ésta debe acreditarse dentro del proceso con principio de prueba escrita.

8.2. ¿Se requiere declaración judicial de reconocimiento de la unión de hecho, para que uno de los concubinos solicite la liquidación de gananciales, o para hacer valer sus derechos ante terceros?

CONSIDERANDO:

- Que, al respecto es necesario señalar que debe requerirse el reconocimiento judicial de la unión de hecho, a efectos de poder solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales y ésta se efectúa por seguridad jurídica, dado que en la mayoría de los casos, la convivencia resulta precaria, por lo que la declaración de unión de hecho contribuiría a crear un clima de confianza, garantía y certidumbre frente a terceros; verbigracia: el otorgamiento de un préstamo bancario, la constitución en prenda o hipoteca de un bien mueble o inmueble su afectación por una medida cautelar, etc., requieren necesariamente de una sentencia declarativa dictada por el órgano jurisdiccional competente, a través de la cual se declare el derecho en cuestión y puedan determinarse a cabalidad los supuestos a que hace referencia el acotado artículo 326 del Código Civil.

- Que, en cuanto a la liquidación de gananciales, debe tenerse presente que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, por lo que es menester precisar la fecha de inicio y de su fin, para

determinar qué bienes son lo que van a inventariarse para una ulterior liquidación de los mismos, y evitar que sean incluidos posibles bienes propios de los convivientes.

EL PLENO: POR CONSENSO ACUERDA:

Que para la relación con terceros y respecto de la liquidación de gananciales, sí es exigible el reconocimiento judicial previo de la unión de hecho.

El presente proyecto de investigación se inició a desarrollar durante el mes de noviembre del año 2008 y se terminó con el desarrollo durante el mes de Marzo del año 2010, observaciones formales subsanadas a finales del año 2014.